

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

LA RÉPRESSION DES CRIMES DE GUERRE DEVANT LES TRIBUNAUX FRANÇAIS ET ALLIÉS

THÈSE

présentée à la Faculté de droit de l'Université de Genève
pour obtenir le grade de Docteur en droit

par

Jean-Pierre MAUNOIR
de Genève

Thèse N° 517

Editions Médecine et Hygiène
GENÈVE
1956

LA RÉPRESSION DES CRIMES DE GUERRE DEVANT LES TRIBUNAUX FRANÇAIS ET ALLIÉS

THÈSE

présentée à la Faculté de droit de l'Université de Genève
pour obtenir le grade de Docteur en droit

par

Jean-Pierre MAUNOIR
de Genève

Thèse N° 517

Publication subventionnée par le Fonds Adrien Lachenal



Editions Médecine et Hygiène
GENÈVE
1956

*La Faculté de Droit, autorise l'impression de la présente dissertation
sans entendre émettre par là aucune opinion sur les propositions qui s'y
trouvent énoncées.*

Genève, le 14 juillet 1956.

Le doyen :

Walter YUNG

THÈSE N° 517

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	p.	7
<u>CHAPITRE I</u> : LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU CRIME DE GUERRE		53
Paragr. 1 : Le droit applicable		54
Paragr. 2 : Le domaine d'application de la loi dans le temps		88
Paragr. 3 : Le domaine d'application de la loi dans l'espace		117
Paragr. 4 : Le domaine d'application de la loi quant aux personnes		136
Paragr. 5 : Conclusion		149
<u>CHAPITRE II</u> : LA COMPOSITION DES TRIBUNAUX MILITAIRES ET LA CONVENTION DE GENEVE DU 27 JUILLET 1929 RELATIVE AU TRAITEMENT DES PRISONNIERS DE GUERRE.		
Paragr. 1 : Le problème		153
Paragr. 2 : La suppression du statut de prisonnier de guerre en cas d'inculpation pour cri- mes de guerre		162
Paragr. 3 : Le maintien du statut de prisonnier de guerre en cas d'inculpation pour crimes de guerre		168
Paragr. 4 : Conclusion		195
<u>CHAPITRE III</u> : L'ORDRE SUPERIEUR		203
Paragr. 1 : Le problème		203
Paragr. 2 : L'état du droit au début de la 2ème guer- re mondiale		206
Paragr. 3 : L'évolution consécutive à la répression des crimes de guerre		220
Paragr. 4 : L'erreur de droit		239
Paragr. 5 : La contrainte		277
Paragr. 6 : Conclusion		306

<u>CHAPITRE IV : LA RESPONSABILITE DU SUPERIEUR POUR LES</u>	
AGISSEMENTS CRIMINELS DE SES SUBORDONNES	312
Paragr. 1 : Le problème de la responsabilité hiérarchique. Les conditions d'application du système français. La complicité par organisation	312
Paragr. 2 : La complicité par tolérance	320
Paragr. 3 : Conclusion	378
<u>CHAPITRE V : LA CULPABILITE COLLECTIVE</u>	389
Paragr. 1 : Le problème des crimes collectifs . . .	389
Paragr. 2 : Les éléments constitutifs de la présomption de culpabilité	409
Paragr. 3 : La double inconstitutionnalité de la loi de 1948	441
Paragr. 4 : Les solutions du problème des crimes de guerre collectifs à l'étranger	448
Paragr. 5 : La loi du 30 janvier 1953	456
Paragr. 6 : Conclusion	467
CONCLUSION	475
ABREVIATIONS	526
BIBLIOGRAPHIE	528

INTRODUCTION

Il n'est pas d'armée en campagne qui ne commette d'excès, et pourtant, malgré l'ampleur des poursuites pénales ouvertes au lendemain de la seconde guerre mondiale, on peut dire que la plupart des crimes commis à l'occasion des hostilités demeurent impunis.

En effet, les belligérants s'abstiennent le plus souvent de châtier des actes qui, lorsqu'ils sont commis par leurs propres troupes, manifestent davantage à leurs yeux un excès de zèle qu'une conduite répréhensible. Et même s'il s'agit de militaires ennemis faits prisonniers, la crainte des représailles paralyse toute velléité de poursuites, aussi longtemps que les hostilités n'ont pas pris fin et que l'adversaire n'est pas réduit à merci.

De sorte qu'aucune répression ne peut s'exercer en dehors d'un événement aussi exceptionnel qu'une capitulation sans condition comme celle du IIIème Reich en 1945. Encore, ne saurait-on voir là l'expression d'une véritable justice, car l'expérience montre que si la compétence des tribunaux est déterminée par le sort des armes, c'est-à-dire par la force, seuls les vaincus sont jugés, et d'après la législation qu'il plaît au vainqueur de leur appliquer.

Dans cette perspective, l'étude du mouvement législatif et jurisprudentiel consécutif au procès de Nuremberg paraît dépourvue de toute portée pratique. Cependant, en dépit des réserves qu'ils inspirent et notamment, de leur caractère unilatéral, le Statut du Tribunal Militaire International et les lois d'exception qui en sont issues ont fait subir au problème de la responsabilité pénale du combattant une évolution qu'on ne saurait négliger et dont il a paru intéressant, pour cette raison, d'examiner les principaux aspects.

* * *

Dans le dessein de fixer un cadre à l'analyse qui va suivre, il convient de rappeler que le châtimement des crimes commis par les ressortissants des pays de l'Axe a été organisé en deux étapes.

La première ne visait que les dirigeants, dont les actes étaient sans localisation géographique. C'est le procès des "grands criminels de guerre", conduit devant le Tribunal Militaire International de Nuremberg, déjà nommé.

La seconde étape s'est accomplie à l'échelon national.

Chacun des pays précédemment en guerre avec l'Allemagne ou le Japon a pris des dispositions législatives particulières en vue de traduire devant ses tribunaux les anciens militaires ennemis, dont l'activité criminelle pouvait être géographiquement délimitée.

C'est de cette seconde catégorie de crimes, dits crimes de guerre "stricto sensu" (1), qu'il va être question. Sans doute, sera-t-il fait de fréquentes références au jugement du Tribunal de Nuremberg, mais les emprunts qui seront faits ici et là au domaine des crimes de guerre "lato sensu" n'auront d'autre but que de donner un meilleur éclairage aux dispositions du droit interne et aux décisions des juridictions des pays victorieux qui forment l'unique objet de la présente étude.

Encore, a-t-il paru nécessaire de concentrer cette analyse sur les textes exceptionnels adoptés à cet effet par la France, car leurs dispositions fournissent peut-être la meilleure illustration des problèmes singuliers qui se sont posés à la technique juridique de la répression. Cependant, pour éviter de les isoler du mouvement législatif qui s'est également manifesté dans ce domaine à l'étranger, les solutions françaises seront fréquemment confrontées à celles des autres pays intéressés.

Enfin, seuls les principes généraux concernant l'application de la loi pénale et les conditions de la responsabilité seront examinés, à l'exclusion des divers crimes de guerre poursuivis.

1) Voir M. de Juglart, Répertoire méthodique de la jurisprudence militaire, Sirey, 1946, p. 235.

Il paraît utile auparavant de résumer l'évolution dont ces textes sont la suite.

I.- HISTORIQUE DU PROBLEME DE LA SANCTION PENALE DES LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE.

La conduite de la guerre a, presque de tout temps, été soumise à des règles qui ont tenté de limiter les effets de la loi du plus fort. Mais il n'entre pas dans le propos de la présente étude de faire l'historique des lois et coutumes de la guerre proprement dites. On se bornera à constater ici l'existence de principes, parfois écrits, mais le plus souvent d'origine coutumière, destinés principalement à prohiber certains actes ou moyens de combat (1). Ces règles n'ont pendant longtemps reçu d'autre sanction que celle des représailles, c'est-à-dire d'une nouvelle violation bientôt suivie d'actes analogues de la part de la partie adverse, donnant ainsi libre cours à une surenchère dans le crime, d'où ne pouvait sortir qu'un surcroît de souffrances évidemment inutiles imposées le plus souvent aux non-combattants. Il faut attendre le Moyen-Age, puis après une éclipse prolongée, le XIXème siècle, pour assister aux premières tentatives de sanction pénale des violations du droit de la guerre.

1.- Avant le XIXème siècle.-

Les procès dont témoigne l'Antiquité sont ceux des généraux vaincus, coupables avant tout de n'avoir pas su vaincre. Il s'agit de relations entre souverains. Ainsi, le procès fait par Nebucadnetsar, roi de Babylone, à Sédécias, roi de Judée, qu'il avait vaincu, ou celui que relate Diodore de Sicile au Vème siècle avant J.C., à propos de généraux athéniens vaincus en Sicile. De même, selon Tite-Live, après la défaite des Samnites, Brutulus Papius fut reconnu comme le principal coupable de la rupture du traité. Son extradition fut réclamée en même temps que la réparation du dommage, mais il se suicida (2).

Les chefs ennemis sont accusés d'avoir déclenché la guerre. On leur reproche le "crime de la guerre", ce qu'on ne peut évidemment faire que s'ils échouent dans leur entreprise criminelle. Sous ce rapport, le procès de Nuremberg n'a pas innové.

-
- 1) Cf. Daniel, le problème du châtimement des crimes de guerre, Le Caire, 1946, p. 12 ;
 - 2) Cf. H. Donnedieu de Vabres, les leçons de l'histoire et le progrès du droit pénal international (RSCDPC, 1951, p. 385) ; Bauer, Die Kriegsverbrecher vor Gericht, p. 28; Graven dans RDIDP, 1946, p. 195 ;

Mais il ne vient à l'esprit de personne de faire à ces généraux, auxquels le sort du combat s'est révélé contraire, le grief d'en avoir enfreint les règles. En fait, la brutalité et la sauvagerie règnent ici en maîtresses, en dépit du degré élevé de civilisation auquel étaient arrivés la Grèce et l'Empire romain (1). On peut, d'ailleurs, se demander si les méthodes de combat de l'époque avaient beaucoup à envier à celles du XIXème siècle, sinon sous le rapport du nombre infiniment plus considérable de victimes que le napalm, ou les bombes atomiques, à l'hydrogène ou au cobalt, sont maintenant capables de faire.

Ce n'est donc qu'au moment où l'Eglise, à l'apogée de sa puissance, parvient à intervenir dans la conduite de la guerre pour en limiter les effets dans plusieurs domaines, que surgit la première sanction revêtant le caractère d'une peine.

En effet, la "Paix de Dieu" instituait une certaine immunité pour les non-combattants, clercs, femmes, enfants, laboureurs, etc. D'autre part, la "Trêve de Dieu" interdisait les actes d'hostilité pendant certaines périodes de l'année (avent et carême), et même de la semaine (du samedi au mercredi). Selon Daniel, Innocent III chercha à prohiber l'emploi de certaines armes empoisonnées (2). Ces interdictions étaient assorties d'une sanction particulièrement sévère à l'époque : l'excommunication dont l'Eglise a pu faire un usage utile, tant que sa puissance n'a pas été contestée, mais qui a perdu sa portée dès la formation des grands Etats de l'Europe occidentale et la Réforme.

Cependant, le droit des gens prend à ce moment un développement considérable grâce à l'enseignement de Vitoria, de Suarez et surtout du Hollandais Grotius. Mais toute sanction, ou même toute tentative pratique de sanction disparaît en fait jusqu'au XIXème siècle. Du moins, les lois de la guerre n'ont-elles cessé d'être étudiées et précisées toujours davantage, à la suite des travaux de Suarez notamment, qui paraît avoir été le premier à proclamer cette règle fondamentale de la conduite des hostilités suivant laquelle les maux de la guerre ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire à la victoire (3).

1) Cf. O. Uhler, Der völkerrechtliche Schutz der Bevölkerung eines besetzten Gebietes gegen Massnahmen der Okkupationsmacht, p. 1-6 ;

2) Daniel, op. cit. p. 12, note 7 ;

3) cf. Daniel, ibid. ;

2.- Les Conférences de La Haye et la première Convention de Genève.-

Le mouvement d'idées favorable à une humanisation de la guerre, qui s'était poursuivi durant le XVIIIème siècle, notamment grâce à Vattel (1), devait trouver son expression dans une série de conventions internationales adoptées dans la seconde moitié du XIXème siècle.

Cependant, ni la déclaration de Paris de 1856 sur la guerre maritime, ni la première Convention de Genève de 1864 "pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées de campagne" (2), ni la Déclaration de Saint Pétersbourg de 1898 sur l'interdiction des projectiles explosifs ne contiennent de clause pénale.

En 1874, la Conférence réunie à Bruxelles adopte une "déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre" qui demeure au stade de projet. On notera pourtant la suggestion faite à cette conférence par le Général Arneuaudeau qui demandait que les Etats "mettent leurs législations internes en harmonie de façon à assurer un châtiment égal à l'égard de ceux qui violeraient les lois de la guerre" (3).

En 1880, l'Institut de droit international réuni à Oxford publiait sous forme de manuel une série de dispositions intitulées "Lois de la guerre sur terre", qui sont également demeurées à l'état de projet. L'art. 84 du Manuel d'Oxford prévoyait que "les violateurs des lois de la guerre (sont) passibles des châtiments spécifiés dans la loi pénale" (4).

En 1899, la première Conférence de La Haye, se fondant sur la déclaration de Bruxelles déjà citée, devait provoquer notamment l'adoption d'une Convention "sur les lois et

1) Vattel, Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle, 2ème vol., Neuchâtel, 1777 ; Uhler, op. cit. p. 10-11 ; voir aussi Renault, Clunet, 1915, p. 316 ;

2) Voir J.S. Pictet, Le droit international et l'activité du Comité international de la Croix-Rouge en temps de guerre, Genève, 1944 ; voir aussi les "Instructions for the Government of Armies of the United States in the field" (Gen. Orders No. 100) publiées en 1863 (traduction française de H. Coursier : RICR, 1953, p. 401, 476, 635) ;

3) Daniel op. cit. p. 16 ;

4) Rey, Les violations du droit international ... (RGDIP., 1941-45, II, p. 93 ;

coutumes de la guerre sur terre", accompagnée d'un règlement.

Ce texte est demeuré, avec les Conventions de Genève, un des monuments du droit de la guerre. Cependant, malgré l'étendue de la codification réalisée, la Convention de 1899 ne prévoit aucune sanction pénale générale. Celle de 1907, qui en a repris les termes avec des modifications de peu d'importance, prévoit cependant à son art. 3 que "La Partie belligérante qui violerait les dispositions du dit règlement sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée". Chacune des Parties au conflit est donc responsable à l'égard de la Partie adverse du châtement des violateurs des lois et coutumes de la guerre, ce qui revient à dire pratiquement qu'aucune poursuite ne sera engagée ni d'un côté ni de l'autre. On retrouve d'ailleurs ce principe platonique de l'obligation de poursuivre à la charge de la Puissance dont les violateurs sont ressortissants à propos du cas de la violation des clauses de l'armistice. L'art. 41 du Règlement de La Haye précise, en effet, que de telles violations, commises par "des particuliers agissant de leur propre initiative donne droit seulement à réclamer la punition des coupables, et s'il y a lieu, une indemnité pour les pertes éprouvées" (1).

Ni la Convention de 1899, ni celle qui fut adoptée lors de la seconde Conférence de La Haye en 1907 n'ont donc organisé une véritable sanction pénale du droit de la guerre. L'initiative des poursuites est laissée aux Puissances parties au conflit, qui se garderont évidemment de punir leurs soldats pour des actes qui manifestent davantage à leurs yeux un excès de zèle qu'une activité véritablement criminelle.

On peut encore mentionner pour mémoire les déclarations qui avaient été adoptées par la Conférence de 1899 concernant l'interdiction de lancer des projectiles et des explosifs du haut des ballons, l'emploi de projectiles répandant des gaz asphyxiants ou délétères et l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent dans le corps humain (2); mais aucune d'elles n'a été assortie de dispositions propres à en assurer le respect.

1) Comp. Art. 21, Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur mer ;

2) Cf. Conventions internationales ... op. cit. p. 46-7 ;

En 1895, l'Institut de droit international, auteur du Manuel d'Oxford déjà mentionné, avait adopté dans sa session de Cambridge une résolution concernant la Convention de Genève de 1863 : "Chacune des Parties contractantes s'engage à élaborer une loi pénale visant toutes les infractions possibles à la Convention de Genève" (1) ; M. Pilloud note que les travaux de l'Institut donnaient suite de cette manière aux idées émises après la guerre de 1870 par Gustave Moynier, alors Président du Comité International de la Croix-Rouge (2). En 1906, le problème fut d'ailleurs repris lors de la révision de la Convention de Genève de 1864 sur le traitement des blessés et malades. Le principe d'une disposition pénale fut accepté à une forte majorité, mais l'art. 28 de la Convention révisée du 6 juillet 1906, au lieu de prévoir la sanction de toutes les infractions sans distinction, ne vise plus que les actes individuels de pillage et de mauvais traitements envers les blessés et malades des armées et l'abus du drapeau et du signe de la Croix-Rouge. Ce n'est qu'en 1929 que cette disposition timide sera étendue à toutes les infractions à la Convention.

3.- La guerre de 1914-1918.-

Dès le début des hostilités, la question du châtiement des violateurs des lois de la guerre, a soulevé l'opinion du côté allié.

En France, un décret paru le 2 septembre 1914 institue une commission chargée de constater les crimes commis par l'ennemi en violation du droit des gens. Le 14 janvier 1915, la Chambre est saisie d'une proposition de loi Engerand, tendant à établir un Code spécial, prévoyant les qualifications, les peines, la compétence et la procédure applicable aux crimes commis en temps de guerre par des officiers et soldats ennemis (3). Le 1er août 1916, Lord Asquith, Premier Ministre, affirme le principe suivant lequel des sanctions individuelles seraient appliquées à la fin des hostilités aux "criminels de guerre" ennemis. Le 31 mars 1917, M. René Viviani, Garde des Sceaux, déclare devant le Sénat que les crimes de guerre sont des infractions de droit

1) Rey, op. cit. (RGDIP., 1941-45, II, p. 93) ;

2) G. Moynier "Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève", Genève, 1893 ; Pilloud "Les sanctions pénales dans la première Convention de Genève (blessés et malades) du 12 août 1949", Genève, 1952, p. 3-5.

3) cf. R. Garraud, Rapport à la Société des Prisons sur l'application du droit pénal aux faits de guerre, 19 janvier 1916 (Revue pénitentiaire, 1916, p. 21) ;

commun, punissables conformément au droit pénal, rejetant ainsi implicitement la proposition Engerand. Le 5 mai 1917, M. Ribot, Président du Conseil et Ministre des Affaires étrangères, se prononce à son tour dans le même sens. Le 4 octobre 1918, le gouvernement français, faisant allusion aux destructions systématiques commises par les troupes allemandes en retraite dans le Nord de la France déclare "qu'en présence de ces violations systématiques du droit et de l'humanité, des actes aussi contraires aux lois internationales et aux principes de toute civilisation humaine ne resteront pas impunis. Les auteurs et les ordonnateurs de ces crimes en seront rendus responsables, moralement, pénalement et pécuniairement (1). Après l'armistice, le Sénat exprime également dans une résolution du 27 mars et un manifeste du 10 avril 1919, le souhait de voir appliquer des sanctions pénales effectives aux crimes commis.

La Conférence des préliminaires de la paix, tenue à Paris, a d'ailleurs déjà donné suite à ce vaste mouvement d'opinion. Dans sa séance plénière du 25 janvier 1919, elle a créé une Commission de quinze membres, chargée d'examiner les responsabilités des auteurs de la guerre et les moyens d'en organiser la sanction pénale. Dans le chapitre II de son rapport présenté le 29 mars 1919, la Commission des responsabilités dresse notamment, sur la base des nombreux documents qui lui ont été présentés, une liste des violations des lois de la guerre. Elle estime cependant que les actes qui ont amené la guerre et qui en ont accompagné le début "ne peuvent faire l'objet d'une mise en accusation de leurs auteurs et de leur poursuite devant un Tribunal". En revanche, elle relève qu'en ce qui regarde les violations des lois et coutumes de la guerre et des lois de l'humanité "tout belligérant a, selon les principes du droit international, le pouvoir et l'autorité suffisants pour juger les individus présumés coupables des crimes dont nous avons donné une énumération dans le chapitre II". Pourtant, les nationaux ennemis qui ont commis des crimes au préjudice de ressortissants de plusieurs nations alliées, les autorités ennemies dont les ordres affectaient la conduite tenue envers plusieurs des armées alliées, et d'une manière générale, toutes les autorités ennemies civiles et militaires, y compris les chefs d'Etat, dont les ordres ou l'attitude violeraient les lois et coutumes de la guerre, et enfin, tous les nationaux ennemis qu'on pourrait juger bon de ne pas traduire devant un Tribunal interne, devraient comparaître devant un "haut tribunal". Cette juridiction internationale devait être composée de juges appartenant à chacune des Nations alliées et statuer "d'après les principes du droit des gens,

1) Daniel, op. cit. p. 17, note 21, litt. f. ;

tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique" (1).

La délégation des Etats-Unis formule plusieurs réserves, notamment sur la création d'un Tribunal international pour le jugement des violations des lois de la guerre, et sur l'incertitude concernant le droit applicable lorsqu'il est fait allusion aux lois de l'humanité (2).

La délégation allemande, qui n'était pas représentée à la Commission des responsabilités, a publié cependant un Livre blanc concernant la responsabilité des auteurs de la guerre, où elle déclare notamment que l'Allemagne n'entend pas faire obstacle au châtimement d'individus ayant pu commettre des violations des lois et usages de la guerre, en observant toutefois que de tels faits n'étaient pas l'apanage exclusif du camp des vaincus (3).

On sait que les recommandations de la Commission n'ont pas trouvé grâce devant la Conférence de la paix, et que les dispositions du Traité de Versailles sur ce sujet reflétaient plutôt le point de vue des délégués américains, puisqu'au lieu de recevoir une compétence générale, le Tribunal spécial institué par l'art. 227 avait exclusivement pour but de juger l'ex-Empereur Guillaume II "pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités". Mais cette étrange formulation de l'accusation portée contre l'ancien souverain allemand, devait elle-même permettre au gouvernement des Pays-Bas, où il s'était réfugié, de refuser son extradition, l'offense contre la morale internationale ne figurant pas au nombre des crimes donnant lieu à extradition, d'après les traités en vigueur (4).

Les art. 228 à 230 du Traité signé à Versailles le 28 juin 1919, autorisent néanmoins les Puissances alliées à traduire devant leurs Tribunaux Militaires respectifs "les personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre" auxquelles sont appliquées "les peines prévues par les lois", c'est-à-dire par les codes pénaux internes. Le gouvernement allemand s'engage à livrer les individus dont l'extradition lui sera réclamée et à fournir tous les renseignements et documents dont la production serait jugée

-
- 1) La Paix de Versailles, Tome 5, p. 477-482 ;
 - 2) La Paix de Versailles, Tome 5, p. 540-549 ;
 - 3) German White Book concerning the Responsibility of the Authors of the War - Fondation Carnegie pour la paix- Oxford, 1924 ; cf. Daniel op. cit. p. 22, note 29 ;
 - 4) cf. Le Fur "Précis de droit international Public", No 911.

nécessaire. Pour donner suite de nouveau à une suggestion américaine, il est prévu en outre que, lorsque les actes criminels poursuivis auront pour victimes des ressortissants de plusieurs Puissances alliées, la composition du Tribunal Militaire sera modifiée en conséquence, afin de permettre à des juges appartenant aux Puissances intéressées de participer aux débats.

Ces dispositions sont pour la plupart demeurées lettre morte. Non seulement, le gouvernement allemand a témoigné de la plus évidente mauvaise volonté, mais les autorités alliées elles-mêmes ne paraissent pas avoir montré toute la détermination et la fermeté qui auraient été nécessaires pour en obtenir l'exécution.

En effet, la délégation allemande à la Conférence de la Paix élève tout d'abord une protestation contre les exigences alliées, l'art. 9 du Code pénal allemand interdisant l'extradition des nationaux. Elle conteste, en outre, le principe de la responsabilité individuelle en droit international, seul l'Etat pouvant être, selon elle, tenu responsable des violations du droit de la guerre. Il appartenait donc à l'Allemagne, ajoutait-on, d'assurer elle-même, s'il y avait lieu, le châtiment des coupables.

Le gouvernement allemand propose alors la création d'un Tribunal International composé de juges appartenant à des Puissances neutres et de juges relevant de chacun des belligérants. Sa compétence serait étendue aux violations commises par n'importe quel belligérant, vainqueur ou vaincu, mais limitée à la constatation des infractions. Les Tribunaux nationaux des inculpés seraient ensuite chargés du jugement (1). Ces contre-propositions sont rejetées.

Mais, lorsqu'il s'agit de rechercher les présumés coupables, les Alliés ne font apparemment aucun effort sérieux pour obtenir la livraison des individus qu'ils réclament. Selon Daniel, ils n'entreprennent aucune investigation dans la zone d'Allemagne qu'ils occupent, n'interrogent pas le gouvernement allemand sur la résidence des intéressés, ne font pas de demande d'extradition aux Puissances neutres, et rapatrient, même après un début d'enquête et malgré des charges parfois accablantes, certains des inculpés qu'ils détiennent. C'est ainsi que le Lt. Kiesewetter, accusé d'avoir coulé le navire hôpital "Glenart Castle", incarcéré à Londres, est renvoyé en Allemagne, en dépit

1) Cf. Luckau, *The German Delegation at the Peace Conference*, 1941, p. 370, cité par Daniel, *op. cit.* p. 25 ;

des preuves accablantes qui auraient été rassemblées contre lui (1).

Les Alliés demandent cependant à l'Allemagne l'extradition de 900 personnes environ qu'ils sont parvenus à identifier, mais le nombre des extraditions accordées est très faible. En France, le Conseil de guerre de Lille commence en septembre 1919 à les juger (2).

Dans une note du 25 janvier 1920, le gouvernement allemand fait alors valoir qu'il est hors d'état d'exécuter les dispositions des art. 228 à 230 du Traité de Versailles, étant donné la vive opposition de l'opinion allemande et le risque de troubles politiques. Il propose, et les Alliés acceptent, de faire juger ainsi qu'il l'avait déjà suggéré lors de la Conférence de la paix, les éventuels violateurs des lois de la guerre en Allemagne même, sur la base d'une loi qu'il avait précisément promulguée le 17 décembre 1919 à cet effet.

C'est le premier coup de ciseaux dans les dispositions pénales du Traité de Versailles.

La Cour de Leipzig, désignée pour conduire les procès, poursuivra d'ailleurs dans cette voie. Si l'on en croit des informations de source britannique, 16 affaires seulement passent en jugement. Six donnent lieu à des condamnations. Les cas les plus connus sont ceux des Lieutenants Dithmar et Boldt, condamnés à 4 ans d'emprisonnement seulement pour avoir, sur ordre, torpillé le navire-hôpital britannique "The Llandovery Castle", et tiré sur les canots de sauvetage tuant 234 personnes, afin d'effacer les traces de leur crime. Pour des faits analogues, le Lt. Neumann, qui avait coulé le navire-hôpital "Dover Castle" fut acquitté, de même que le Général Steinger, accusé d'avoir donné l'ordre de ne plus faire de quartier. Les peines prononcées sont généralement dérisoires et la plupart des condamnés ne les ont pas purgées (3). Le 28 août 1921, les Alliés élèvent une protestation, mais l'Allemagne considère les décisions prononcées comme légitimes et demande la punition par la France de ses propres criminels de guerre. Les Alliés tentent, il est vrai, de réclamer dans un mémorandum adopté les 6 et 7 janvier 1922, le retour à la procédure instituée par le Traité de Versailles, mais en vain. Il est manifestement trop tard. Le gouvernement allemand laisse clairement entendre qu'il

1) Daniel, op. cit. p. 29-30 ;

2) Clunet, 1919, p. 1256 et 1258 ;

3) Encyclopaedia Britannica, Vo. Laws of War, cité par Daniel, p. 32, No 4 ; comp. Sh. Glueck, Trials and Punishment of War Criminals, Free World, Nov. 1942, Vol. 4, p. 140 ;

n'est nullement disposé à extraditer d'anciens militaires aux Puissances alliées.

La répression des violations des lois et coutumes de la guerre avait tourné court. Elle s'est soldée par quelques procès concernant les officiers allemands malchanceux qui avaient été livrés en 1919 et par une série de condamnations par coutume, dont la quasi-totalité sont évidemment demeurées sans aucune suite pratique. Quant aux condamnations prononcées par la Cour de Leipzig, elles sont restées surtout le symbole de l'exemple à ne pas suivre (1).

4.- L' "entre deux guerres" .-

La période qui va de 1918 à 1939 ne permet pas d'enregistrer des progrès décisifs en ce qui regarde la sanction pénale des infractions aux lois de la guerre. Malgré l'échec de l'expérience de Leipzig, les études destinées à préparer la création d'une juridiction criminelle internationale sont néanmoins poursuivies.

En février 1920, le Conseil de la Société des Nations décide la création d'un Comité chargé de préparer un projet pour l'établissement de la Cour permanente de Justice internationale visée à l'art. 14 du Pacte. Sur la proposition du Baron Descamps, le Comité consultatif des juristes ainsi constitué finit par adopter à La Haye plusieurs résolutions. L'une d'elles a trait à la convocation d'une nouvelle Conférence internationale pour la révision de la Convention de La Haye de 1907 sur les lois et coutumes de la guerre. Le Comité suggère en second lieu la création d'une haute cour de justice internationale "compétente pour juger les crimes contre l'ordre public international et le droit des gens". Mais ces projets ont été écartés par l'Assemblée de la S.D.N. qui a estimé qu'en l'absence de droit pénal international, il était préférable de constituer une Chambre spéciale au sein de la Cour permanente, au cas où le besoin s'en ferait sentir. En attendant, il est apparu plus indiqué "de confier aux tribunaux ordinaires la poursuite des crimes". Le problème était, disait-on, prématuré (2).

-
- 1) Daniel, p. 31-36 ; v. aussi M. de Baer "The Attitude of Neutrals towards War Criminals", Revue belge "Messages", Londres, Nov. 1943, p. 7 ; Clunet, 1920, p. 169 ; J.W. Garner "Punishment of Offenders against the laws and customs of War" AJIL, Vol. 14 (1920) p. 77 ; D.N. Pritt "War Criminals", p. 3-7 ; J. Dumas, Les Sanctions pénales des crimes allemands, Paris, Rousseau, 1916.
 - 2) Historique du probl. de la jurid. crim. intern., Lake Success, 1949, p. 8.

La Conférence navale de 1922, où les souvenirs de la première guerre mondiale sont encore dans toutes les mémoires, provoque la signature, le 6 février 1922, d'un Traité relatif à l'emploi des sous-marins et des gaz asphyxiants en temps de guerre. L'art. 3 prévoit que :

" Les Puissances signataires désireuses d'assurer l'exécution des lois de l'humanité déjà reconnues et confirmées par elles relativement à l'attaque, à la saisie et à la destruction des navires de commerce, déclarent, en outre, que tout individu, au service de quelque Puissance que ce soit, agissant ou non sur l'ordre d'un supérieur hiérarchique, qui violera l'une ou l'autre desdites règles, sera réputé avoir violé les lois de la guerre et sera susceptible d'être jugé et puni comme s'il avait commis un acte de piraterie. Il pourra être mis en jugement devant les autorités civiles et militaires de toute Puissance dans le ressort de laquelle il sera trouvé (1)".

L'analogie avec la notion de piraterie n'est sans doute pas très heureuse (2). Du moins, le terme est-il suffisamment connu pour fournir une référence revêtant un certain caractère pratique. Les dispositions adoptées à Washington ne sont cependant pas entrées en vigueur, le traité étant affecté de la clause "si omnes" et la France ne l'ayant pas ratifié. Mais le Traité naval de Londres du 22 avril 1930, art. 22, a repris les termes de l'art. 3 précité, moins les sanctions (3).

La signature, à Genève, le 17 juin 1925, du Protocole concernant "la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques", qui a pris un regain d'actualité lors de la guerre de Corée, n'apporte aucun élément nouveau.

En 1929, une Conférence diplomatique réunie à Genève, entreprend une nouvelle révision de la Convention de 1864 sur les blessés et malades des armées. Comme on l'a déjà indiqué (4), l'art. 28 de la Convention révisée une première fois en 1906, ne prévoyait de sanctions pénales qu'à l'égard des actes individuels de pillage et des mauvais traitements envers les blessés et malades des armées, et de l'abus du drapeau ou du signe de la Croix-Rouge. Une proposition du Comité International de la Croix-Rouge, amendée par la délégation des Etats-Unis, étend l'application de l'art. 28 ancien à "tout acte contraire

1) cf. Rey, op. cit. (RGDIP. 1941-45) p. 93 ;

2) Daniel, p. 37 ;

3) Rey, ibid. qui cite également les Accords de Nyon du 14.9.37 concernant les attaques de sous-marins inconnus en Méditerranée pendant la guerre d'Espagne et la possibilité de les détruire comme pirates.

4) cf. ci-dessus, p.13 ;

aux dispositions de la présente Convention ". C'est l'art. 29 de la Convention du 27 juillet 1929.

Cependant, la Convention de 1906 avait invité les Puissances signataires à prendre les dispositions législatives nécessaires en vue de réprimer sur leurs territoires respectifs les deux infractions à la Convention visées par l'art. 28. Entre 1906 et 1929, deux pays seulement, les Pays-Bas et la Norvège avaient donné suite à cette invitation. Mais l'abus du signe de la Croix-Rouge et les actes de pillage et de mauvais traitements envers les blessés et malades des armées étaient punis, il est vrai, dans plusieurs codes pénaux militaires, tel celui de la Suisse de 1927, la loi roumaine du 17 mai 1913, la loi russe du 27 juillet 1927 et le décret cubain du 15 août 1910 (1).

La Convention sur le traitement des prisonniers de guerre adoptée également à la Conférence de Genève de 1929 ne contient aucune disposition parallèle à celle de l'art. 29 de la Convention sur les blessés et malades. Ses art. 86 et s. prévoient seulement l'organisation d'un contrôle par la collaboration des Puissances protectrices.

Entretemps, plusieurs institutions scientifiques poursuivent leurs travaux dans le domaine des sanctions pénales du droit de la guerre.

Ainsi, la 31ème Conférence de l'Association de droit international siégeant à Buenos-Ayres en 1922, étudie un projet Bellot de création d'une "Cour permanente internationale criminelle". Le Comité désigné pour l'examen de cette proposition présente son rapport à la Conférence suivante, tenue à Vienne en 1926.

Il constate que le jugement des crimes de guerre par des Tribunaux nationaux, relevant, soit du vainqueur, soit du vaincu, n'a jamais donné satisfaction. Ces jugements, déclare en premier lieu le rapport, "sont naturellement soupçonnés de partialité, deuxièmement, ils auraient pour résultat des décisions contradictoires et des peines inégales ; troisièmement, c'est la loi internationale, non la loi nationale, qui est enfreinte"... Le Comité opine en conséquence en faveur du jugement des violations du droit de la guerre par une juridiction internationale.

Le statut annexé au rapport du Comité désigné à Buenos-Ayres et débattu par la 34ème Conférence donnait à cette juridiction des compétences particulièrement étendues. Cette Chambre criminelle de la Cour permanente de Justice internationale pourrait, en effet, connaître :

1) Pilloud, op. cit. p. 6-7 ;

- "a) des violations d'obligations internationales ayant un caractère pénal, commises par les sujets ou citoyens d'un Etat ou par un apatride contre un autre Etat, ou ses sujets ou ses citoyens ;
- b) des violations de tout traité, convention ou déclaration liant les Etats adhérant à la cour et réglant les méthodes et la conduite des hostilités.
- c) des violations des lois et coutumes de la guerre généralement acceptées et reconnues obligatoires par les nations civilisées.

En outre, aucun acte ne pourrait être jugé comme infraction "à moins qu'un acte pareil ne fût reconnu comme tel par le statut de la cour ou par la loi interne de l'accusé" (1).

De son côté, l'Union interparlementaire entend lors de sa XXIIIème Conférence tenue à Washington et à Ottawa en 1925 un rapport de M.V.V. Pella sur "la criminalité de la guerre d'agression et l'organisation d'une répression internationale". La Conférence reconnaît la responsabilité pénale des individus et des Etats en cas d'infractions à l'ordre public international et au droit des gens, mais subordonne sa mise en oeuvre à la définition préalable des infractions dans des textes précis, afin de respecter le principe tiré de la maxime "Nulla poena sine lege". Dans sa XXXVIIème Conférence tenue à Rome en 1948, l'Union interparlementaire reprendra d'ailleurs le problème de la juridiction criminelle internationale en souhaitant également l'adoption prochaine d'un code pénal international (2).

La même question fait aussi l'objet des travaux du premier Congrès de l'Association internationale de droit pénal, réuni à Bruxelles en 1926. La résolution adoptée par le Congrès recommande l'attribution de la compétence répressive à la Cour permanente de Justice internationale, ce qui implique que les Etats aussi bien que les individus pourraient comparaître devant elle. Les infractions doivent cependant être prévues au préalable dans des traités internationaux qui fixeraient également les sanctions pénales et mesures de sûreté que la Cour aurait le pouvoir d'infliger. Une Commission est alors chargée de présenter un projet de statut dont la rédaction est confiée au professeur V.V. Pella qui se range dans les grandes lignes au statut adopté par l'Association de droit international. M. Pella

-
- 1) Cf. Rapport de la 31ème conférence, Vol. I, p. 63 (Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, op. cit. p. 12) ;
 - 2) Cf. Compte rendu de la XXIIIème Conférence, p. 205-242 (Historique, op. cit. p. 14) ;

opine donc en faveur du jugement des violations du droit international par une Chambre de la Cour permanente, devenue Cour internationale de justice, et non par une cour criminelle internationale indépendante (1).

Le problème d'une juridiction criminelle internationale devait d'ailleurs être repris à la suite de l'assassinat à Marseille, le 9 octobre 1934, du roi Alexandre de Yougoslavie et du Président Barthou. Le gouvernement français soumet alors à la Société des Nations une proposition pour la création d'une cour pénale internationale en vue de réprimer le terrorisme. Une Conférence diplomatique se réunit à Genève du 1^{er} au 16 novembre 1937. Elle aboutit à l'adoption de deux conventions, l'une pour l'insertion dans les législations nationales de dispositions destinées à prévenir le terrorisme, et l'autre pour la création d'une cour pénale internationale, pour le jugement des individus accusés de l'une ou l'autre des infractions prévues dans la première. On notera que la loi pénale applicable était alors la loi nationale la moins rigoureuse, le choix étant fait entre la loi du pays sur le territoire duquel le délit avait été commis et la loi du pays qui avait saisi la Cour (2).

5.- La deuxième guerre mondiale.-

Le caractère systématique et l'ampleur des excès de toutes natures commis par les allemands en Europe et les Japonais en Extrême-Orient allaient provoquer un mouvement répressif beaucoup plus considérable que cela n'avait été le cas à l'issue de la première guerre mondiale.

Si les mises en garde et les avertissements se sont renouvelés entre 1939 et 1945, sur un plan analogue à celui des diverses déclarations alliées de 1914 à 1916, le but qu'on se proposait de poursuivre était plus précis et les moyens mis en oeuvre pour l'atteindre plus efficaces.

Le 25 octobre 1941, une déclaration conjointe du Président Roosevelt et du Premier Ministre Churchill affirme en effet que "le châtement des criminels de guerre constitue un des

-
- 1) Cf. Historique, op. cit. p. 15-16 ; et Caloyanni, La Cour permanente internationale de justice criminelle internationale, (RIDP., 1925, p. 298 et s.) ;
 - 2) Cf. Historique, p. 16-18 ; Donnedieu de Vabres, Traité, p. 1019 et doctrine citée ;

buts principaux de la guerre" (1). La même année, l'Assemblée internationale de Londres, créée sous les auspices de l'Union pour la Société des Nations étudie déjà le problème de la répression des crimes de guerre. Dans ses conclusions, elle exprime l'opinion suivant laquelle la compétence des juridictions nationales devrait être maintenue dans la mesure du possible. Elle propose néanmoins la création d'une cour criminelle internationale pour le jugement des crimes commis en Allemagne contre les Juifs et les apatrides, des crimes que l'une des Puissances appartenant aux Nations Unies déciderait, pour une raison ou pour une autre, de ne pas déférer à ses propres tribunaux, des crimes commis ou ayant produit leurs effets dans plusieurs pays, et enfin, des crimes commis par des chefs d'Etat (2).

De son côté, l'U.R.S.S. élève également plusieurs protestations contre les crimes commis dans les territoires envahis par les troupes allemandes au préjudice de la population civile et à l'encontre des prisonniers de guerre soviétiques (3).

Le 13 janvier 1942, les neuf gouvernements en exil à Londres, prenant note de la Déclaration du 25 octobre 1941, décident également de placer au nombre de leurs principaux buts de guerre le châtimement des responsables de crimes de guerre, par la voie d'une justice organisée et de veiller à ce que tous les coupables ou responsables, quelle que soit leur nationalité, soient recherchés, remis à la justice et jugés, et de tenir la main à ce que les sentences soient exécutées (4).

En juillet 1942, la Commission internationale pour la réforme et le développement du droit pénal, désigne un Comité spécial composé de juristes britanniques et alliés qui est chargé de donner son avis sur les règles et la procédure relatives au châtimement des crimes commis au cours de la guerre. Dans une résolution provisoire, ce Comité exprime l'avis que la très grande majorité des crimes pourront être punis par les Tribunaux nationaux, civils ou militaires. Son président, Sir Arnold MacNair, déclare en outre que de nombreux arguments militent contre la création d'une juridiction criminelle internationale et l'éla-

-
- 1) Rey, op. cit. (RGDIP. 1941-45, p. 93); Daniel, op. cit. p. 45 ;
 - 2) London International Assembly, Reports on Punishment of War Crimes, p. 225 à 346 ; Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, op. cit. p. 19 ;
 - 3) Daniel, p. 46 ; sur l'attitude de l'URSS à l'égard du problème des prisonniers de guerre, comp. Rapport du Comité International de la Croix-Rouge sur son activité pendant la 2ème guerre mondiale, Conférence de Stockholm, 1948, Tome I, p. 419;
 - 4) Daniel, p. 46-7, note 85.

boration d'un code criminel international, sources de lenteurs et de difficultés. Sir MacNair remarque justement qu'une telle cour ne serait qu'une juridiction des Nations Unies et ne revêtirait par conséquent pas un caractère véritablement international (1).

Le 20 octobre 1943, une Conférence diplomatique réunie à Londres décide la création d'une commission des Nations Unies chargée d'enquêter sur les crimes de guerre (2).

Le 30 octobre 1943, une déclaration solennelle du Royaume-Uni, des Etats-Unis et de l'Union Soviétique est publiée à Moscou. Elle adresse un avertissement "aux officiers et soldats allemands et aux membres du parti nazi responsables qui ont donné leur consentement, aux atrocités, massacres et exécutions... qui seront renvoyés dans les pays où ils ont commis leurs abominables forfaits, pour y être jugés et châtiés conformément aux lois de ces pays libérés et des gouvernements libres qui y seront formés. "La déclaration ci-dessus", ajoutait-on, "ne préjuge pas le cas des criminels de guerre allemands dont les crimes ont été commis sans qu'il soit possible de les localiser géographiquement. Ceux-là seront punis par une décision commune des gouvernements alliés" (3). La Déclaration de Moscou pose les principes de compétence qui régiront l'ensemble de la répression. Dès ce moment, l'organisation des poursuites à l'échelon national peut commencer. Seule la création d'une juridiction criminelle internationale pour traiter les cas des dirigeants demeure subordonnée à une décision ultérieure des Nations alliées.

L'U.R.S.S. donne une première exécution à la Déclaration de Moscou dans le procès de Karkov, à l'issue duquel deux officiers et un sous-officier allemands sont condamnés à mort le 18 décembre 1943 pour avoir procédé à de nombreuses exécutions sommaires. Mais l'Allemagne ayant menacé de fusiller à titre de représailles les aviateurs britanniques et américains qui avaient bombardé les villes allemandes, aucun autre procès ne paraît avoir eu lieu jusqu'à la fin des hostilités (4). Cet exemple, de même que l'absence de poursuites effectives pour les crimes commis pendant la guerre de Corée, montre l'étroitesse de la base légale des poursuites, qui sont nécessairement liées au triomphe d'un des camps, qui peut évidemment être celui de l'agresseur (5).

-
- 1) Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, op. cit. p. 19-21 ;
 - 2) ibid. p. 21 ;
 - 3) Alb. de La Pradelle, La Paix Moderne, Paris, 1947, p. 445 ;
 - 4) Daniel, op. cit. p. 52 ;
 - 5) Comp. H.V. Evatt, New-York Times, 13.7.53, p. 4 ;

Le 26 septembre 1944, la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre approuve un projet de convention portant création d'un Tribunal des Nations Unies pour les crimes de guerre. Dans les termes du projet, le Tribunal devait avoir compétence "pour juger et punir quiconque, quel que soit son rang ou sa position, a commis ou tenté de commettre, donné à des tiers l'ordre de commettre ou poussé, aidé, encouragé ou incité des tiers à commettre une infraction aux lois et coutumes de la guerre, ou encore, par manquement à un devoir lui incombant, s'est lui-même rendu coupable d'une telle infraction (1).

Le 5 juin 1945, la déclaration des Alliés concernant la défaite de l'Allemagne et la prise de l'autorité suprême par le Royaume-Uni, l'U.R.S.S., les Etats-Unis et la France, prévoit à son art. 11 les mesures nécessaires à l'arrestation et à la livraison aux représentants alliés des "principaux dirigeants nazis... et toutes personnes ... suspectes d'avoir commis, ordonné ou encouragé des crimes de guerre ou actes de violence analogues" (2).

Lors de la Déclaration de Potsdam, les Etats-Unis, la Chine, le Royaume-Uni et plus tard, l'U.R.S.S., réaffirment une fois encore leur détermination de soumettre à une justice sévère "tous les criminels de guerre, y compris les auteurs des cruautés commises à l'égard de nos prisonniers" (3).

Le 8 août 1945, les gouvernements des Etats-Unis d'Amérique, de la France, du Royaume-Uni et de l'Union soviétique concluent un accord donnant effet à la réserve exprimée dans la Déclaration de Moscou du 30 novembre 1943 déjà citée à propos "des grands criminels de guerre".

Ils décident la création d'un Tribunal Militaire International, dont la constitution, la juridiction et les fonctions sont précisées dans un Statut annexe (4).

L'art. 1er du Statut de Londres prévoit que le Tribunal Militaire International "sera créé pour juger et punir de façon appropriée et sans délai les grands criminels des pays européens de l'Axe". En fait, seuls les dirigeants allemands ont comparu devant le Tribunal qui allait siéger à Nuremberg. Les art. 2 à 5 précisent la constitution du Tribunal.

1) Historique du problème ... op. cit. p. 21 ;

2) Rey, op. cit.

3) Cf. Recueil de textes à l'usage des conférences de la paix, Paris, Imprimerie Nationale, 1946, p. 224 ; Historique, op. cit. p. 24 ;

4) Cf. Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14.11.45 - 1er oct. 1946 - Texte officiel en langue française, T.I, Documents officiels p. 8 ; Cf. Donnedieu de Vabres, Traité, p. 1020.

L'art. 6 définit sa compétence personnelle et matérielle. En effet, "Le Tribunal ... sera compétent pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis individuellement ou à titre de membres d'organisations, l'un quelconque des crimes suivants (alinéa 1)". Il convient de relever ici que le critère de l'absence de localisation géographique des crimes commis, auquel avaient eu recours la Déclaration de Moscou, puis le Préambule de l'Accord de Londres lui-même pour distinguer les "grands criminels" de ceux qui doivent être jugés par les Tribunaux nationaux n'a pas été repris dans ce premier alinéa de l'art. 6. En sorte que le Tribunal de Nuremberg a théoriquement une compétence personnelle illimitée sous ce rapport.

L'art. 6, al. 2, énumère les actes "soumis à la juridiction du Tribunal et entraînant une responsabilité individuelle".

- "a) Les crimes contre la Paix ; c'est-à-dire la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre de violation des traités, assurances ou accords internationaux ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent ;
- "b) Les crimes de guerre : c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires ;
- "c) Les crimes contre l'humanité ; c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime."

Enfin, l'art. 6, al. 3, prévoit que : "Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus défi-

nis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes, en exécution de ce plan".

L'art. 7 rejette le principe de l'immunité pour les actes d'Etat.

L'art. 8 exclut l'effet justificatif de l'ordre supérieur, qui ne peut être admis qu'à titre de circonstance atténuante et "si le tribunal décide que la justice l'exige".

Les art. 9 à 11 visent les déclarations collectives de criminalité que le tribunal est autorisé à prononcer à l'encontre de certains groupements comme les Waffen-SS., la Gestapo, etc.

Les art. 12 et 13 terminent la section II intitulée "Juridiction et principes généraux" par des dispositions sur le jugement in absentia, et sur l'autorisation qui est donnée au Tribunal d'établir ses propres règles concernant la procédure qui est accusatoire.

La section III (art. 14 et 15) fixe les prérogatives des magistrats instructeurs et du Ministère Public, la section IV (art. 16) les garanties de la défense et la section V (art. 17 à 25) diverses règles de procédure, notamment en ce qui a trait à l'administration de la preuve. Enfin, dans la section VI (jugement et peine), l'art. 26 impose au tribunal l'obligation de motiver ses décisions sur la culpabilité qui seront rendues en dernier ressort et ne seront pas susceptibles de révision. Concernant la peine, l'art. 27 déclare : "Le Tribunal pourra prononcer contre les accusés convaincus de culpabilité la peine de mort ou tout autre châtimement qu'il estimera être juste". L'art. 28 autorise la peine accessoire de la confiscation des biens, et l'art. 29 détermine les conditions d'exécution et de réduction des peines prononcées par le tribunal. La section VII (art. 30) met les dépenses du tribunal et les frais des procès à la charge du Conseil de contrôle pour l'Allemagne (1).

Le 2 septembre 1945, le Japon capitule à son tour. La Conférence tenue à Moscou du 16 au 26 décembre 1945 par les gouvernements des Etats-Unis, du Royaume-Uni et de l'Union soviétique, avec la participation de la Chine donne au commandant suprême des forces alliées au Japon, des pouvoirs étendus dont le Général MacArthur va user le 19 janvier 1946 pour créer le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient. Les principes généraux de la répression font l'objet dans le statut du tribunal de Tokio de dispositions analogues à celles du Statut de Londres. Toutefois, la définition des crimes relevant de la compétence du tribunal international pour l'Extrême-Orient diffère légèrement de celle qui figure dans le Statut du tribunal

1) Cf. Procès., T.I, p. 11 et s.;

de Nuremberg (1).

Le Statut de Londres appelle sans doute de nombreuses remarques, ne serait-ce que sur les termes de la définition donnée aux crimes qui sont de la compétence du tribunal militaire international, et sur le système de pénalité indéterminée où l'on trouve le reflet des institutions anglo-saxonnes (2). Une analyse de ce texte important, que certains ont salué comme "l'aurore d'une ère nouvelle où le droit pénal aura la haute mission de faire régner la paix entre les Nations" (3), mais que d'autres ont qualifié de "tragique mascarade, erreur philosophique et juridique, absurdité politique et tissu de folies" (4) sort cependant du cadre fixé à la présente étude.

On se bornera à se référer aux définitions de l'art. 6 déjà cité pour indiquer que seules les infractions qualifiées "crimes de guerre" seront examinées, à l'exclusion des "crimes contre la paix" et des "crimes contre l'humanité".

II.- LES PRINCIPALES ETAPES DE LA POURSUITE DES CRIMES DE GUERRE EN FRANCE.

Dans la Déclaration de St James du 13 janvier 1942, les gouvernements en exil des pays occupés par l'Allemagne avaient résolu d'organiser "dans un esprit de solidarité internationale", la recherche, la livraison et le jugement des auteurs de crimes de guerre, et de veiller à ce que les sentences prononcées fussent exécutées.

Lorsque les principaux belligérants eurent donné leur sanction à cet avertissement dans la déclaration de Moscou du 30 octobre 1943, la plupart des pays intéressés s'attachèrent immédiatement à préparer les textes qui paraissaient nécessaires à l'organisation de la répression. Le débarquement allié du 6 juin 1944 en Normandie allait, d'ailleurs, précipiter la Libération du Territoire français et permettre la mise en oeuvre des dispositions qui avaient été arrêtées en Afrique du Nord pour le châtiment des crimes commis par les troupes allemandes en France

- 1) Cf. Department of State Bulletin, USA, Vol. XIV, No 349, p. 361 et No 360, p. 890 (Historique, p. 25) ;
- 2) Cf. Donnedieu de Vabres, Traité, p. 1022 ;
- 3) Prof. V.V. Pella, cité par la Revue mexicaine Criminalia, Juin 1948, p. 241 et s. ;
- 4) Prof. Jimenez de Asua, dans sa conférence au collège des avocats de La Havane, ibidem ; comp. P. Boissier, L'épée et la Balance, Genève, 1953 ;

ou au préjudice de nationaux français.

C'est, en effet, à Alger qu'est promulguée l'ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre (1). Le Gouvernement provisoire de la République française vient de succéder au Comité français de Libération nationale créé par les Généraux Giraud et de Gaulle.

Ce texte de base, dont les dispositions formeront l'ossature de l'exposé qui va suivre, n'est pourtant qu'une loi interprétative. Son art. 1er définit les crimes de guerre comme des infractions "aux lois françaises en vigueur et aux dispositions de la présente ordonnance", mais qui ne sont "... pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre", et son art. 2 énumère les dispositions du code pénal français et du code de justice militaire dont il donne une interprétation législative lorsque les violations du droit de la guerre paraissent trop éloignées des définitions du droit commun. Ainsi, a-t-on jugé nécessaire de préciser que "tout enrôlement par l'ennemi ou ses agents" doit être considéré et, par conséquent, puni, comme le "recrutement illégal de la force armée prévu par l'art. 92 du code pénal" (art. 2, ch. 1), ou encore, que "l'emploi à des oeuvres de guerre de prisonniers de guerre ou de civils requis", doit être assimilé à la "séquestration prévue par les al. 1er et 2 de l'art. 344 du code pénal" (art. 2, ch. 6).

A l'exemple de l'art. 8 du Statut du Tribunal de Nuremberg, l'art. 3 de l'Ordonnance française prescrit que l'ordre supérieur ne pourra être admis comme fait justificatif, mais seulement comme circonstance atténuante ou comme excuse absolutoire, c'est-à-dire en vue d'une diminution, ou suivant les cas, d'une exemption de la peine.

L'art. 4 prévoit une complicité spéciale à l'encontre des supérieurs qui, lorsqu'ils ne pourront être recherchés comme co-auteurs des agissements criminels de leurs subordonnés, seront poursuivis comme complices "dans la mesure où ils ont organisé ou toléré..." ces actes répréhensibles.

L'art. 5 renvoie, pour la composition du tribunal militaire chargé de juger les crimes de guerre, au Code de Justice militaire pour l'armée de terre (2), en précisant toutefois que les juges militaires devront être en majorité d'anciens résistants.

L'art. 6 stipule, enfin, que l'ordonnance est "applicable à l'Algérie et aux colonies", outre le territoire

1) J.O. du 30.8.44, p. 780 ; voir le texte intégral (Annexe I).

2) Loi du 9 mars 1928, modifiée par celle du 4 mars 1932.

de la Métropole.

Sans entrer dans le détail des dispositions de forme dont les tribunaux militaires, ainsi mis en mouvement, ont eu à se servir, il n'est cependant pas inutile, pour une plus exacte compréhension des chapitres qui suivent, de rappeler ici les principales étapes de la procédure pénale militaire française, telle qu'elle a été appliquée aux nationaux ennemis poursuivis en vertu de l'ordonnance du 28 août 1944 (1).

1.- La phase de police.-

Cette étape préliminaire est dirigée par un organe spécial.

Le 14 octobre 1944, une nouvelle ordonnance crée en effet un service de recherche des crimes de guerre auprès du Ministère de la Justice. Sa tâche consiste principalement à réunir les premiers éléments de preuve des nombreuses exactions commises en France ou à l'encontre des nationaux français. Les investigations conduites par ses différentes subdivisions s'étendent, par conséquent, aussi bien à la France elle-même qu'à l'Allemagne. Il s'agit, en premier lieu, d'enquêter auprès de la population civile afin de retrouver des témoins des crimes et d'identifier si possible leurs auteurs grâce aux signalements recueillis sur place ou parmi les combattants de la Résistance. Les mesures nécessaires sont prises en second lieu pour exclure des opérations de rapatriement les prisonniers de guerre allemands capturés au moment de la libération. Les interrogatoires des suspects permettent alors de constituer des dossiers sur les nombreux cas de massacres, d'exécutions sommaires et de pillages qui vont être transmis aux Tribunaux.

Parallèlement, des recherches analogues ont lieu en Allemagne dès la fin des hostilités afin de retrouver les anciens militaires allemands suspects de crimes de guerre, qui sont internés dans les camps de prisonniers de guerre en mains alliées ou qui ont réussi à retourner à la vie civile sans être inquiétés. Les archives de l'armée allemande font en particulier l'objet d'un travail de contrôle approfondi, notamment pour l'identification des membres des diverses unités collectivement incriminées pour leur conduite en France. On peut citer à cet égard la 2ème Division SS. "Das Reich" (aff. d'Oradour et de Tulle, entre autres), la 12ème Division SS. "Hitler Jugend" (aff. d'Ascq),

1) P. Hugueney, Traité théorique et pratique de droit pénal et de procédure pénale militaire, Sirey, 1933, et H. Donnedieu de Vabres, Traité op. cit. p. 100 ;

la 2ème Division de parachutistes du Général Ramcke (retraite de Bretagne et siège de Brest) et pratiquement, tous les services de la police de sûreté (Sicherheitspolizei et Sicherheitsdienst ou S.D.) stationnés dans les principales villes de France, sans oublier les commandants et les gardiens des différents camps d'internement en Alsace (aff. du Struthof et de Schirmeck).

Les résultats de ces enquêtes permettent d'appréhender dans les camps de prisonniers en France ou en zone d'occupation française en Allemagne, ou encore, de réclamer aux Puissances alliées quelques-uns des 25.000 anciens militaires allemands officiellement recherchés.

En effet, une liste des "criminels de guerre recherchés par la France" est publiée par le service de recherche des crimes de guerre sur la base des dénonciations et des divers renseignements enregistrés. Les indications qu'elle contient sont souvent fragmentaires. Souvent, le nom même du militaire allemand recherché fait défaut et les enquêtes doivent être conduites sur la base d'un simple signalement, ou d'après l'appartenance à une unité donnée.

Le Service français est d'ailleurs en liaison avec la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, déjà mentionnée, dont le siège est à Londres et qui a elle-même établi pour le compte de toutes les Puissances intéressées une liste des ressortissants des pays de l'Axe suspects de crimes de guerre, qui remplit plusieurs volumes.

Ce travail est d'autant plus délicat qu'il doit s'accomplir dans une période troublée. Nombreuses sont les dénonciations erronées ou sans objet et les méthodes d'interrogatoire en honneur dans les pays totalitaires paraissent avoir fâcheusement inspiré plusieurs des services de police français de l'époque. Les plaintes dont les tribunaux sont saisis aujourd'hui encore permettent d'imaginer quel sort était réservé à ceux qui avaient la double qualité de suspects et d'ennemis. Ceci dit - et quelques cas de gravités diverses mis à part - on ne saurait tirer argument d'incidents qui sont heureusement demeurés exceptionnels pour mettre en doute d'une manière générale l'authenticité des renseignements recueillis par les divers services de recherche de crimes de guerre. Leur tâche était sans doute malaisée et il faut rendre hommage à ceux qui ont su la mener à bien dans de telles conditions.

2.- L'instruction.-

Dès que l'ordre d'informer est délivré par le général commandant la circonscription territoriale où le crime a été commis, le commissaire du gouvernement- qui remplit les fonctions de représentant du Ministère public (art. 13 du Code

de justice militaire) près le Tribunal militaire qui doit connaître de l'affaire -, le transmet avec ses réquisitions au juge d'instruction compétent (art. 24 et 42 du Code de justice militaire).

Il faut relever qu'à cette étape, l'enquête préliminaire a été entravée par de nombreuses difficultés qui ont prolongé la durée des détentions préventives au-delà des délais nécessaires en temps normal à la manifestation de la vérité. La plupart des anciens militaires allemands inculpés étaient tombés en captivité en 1944 et 1945 et nombre d'entre eux avaient passé de mains américaines ou britanniques en mains françaises avant d'être traduits devant la Justice française. La première comparution devant le magistrat informateur était donc parfois très éloignée, non seulement du moment où se situaient les faits, mais aussi de la date de la capture ou même de celle où l'intéressé avait simplement été transféré d'un camp d'internement dans un autre, son statut conventionnel de prisonnier de guerre étant unilatéralement remplacé par l'étiquette parfois toute gratuite de "criminel de guerre" (1).

Malgré cela, il n'était pas rare de voir s'écouler plusieurs années entre le premier interrogatoire d'identité et la fin de l'instruction (2).

Personne n'ignore que la justice est lente, mais on peut dire que la procédure a été spécialement peu expéditive dans le cas des crimes de guerre poursuivis en France après la seconde guerre mondiale.

Les causes de ces retards sont multiples. La désorganisation administrative engendrée par la guerre et l'appauvrissement consécutif à quatre ans d'occupation n'ont sans doute pas permis de mettre sur pied l'instrument de répression idéal. Beaucoup de dossiers de crimes de guerre ont passé devant plusieurs tribunaux, ou même à l'intérieur d'un même tribunal, entre les mains de plusieurs juges d'instruction. Les interrogatoires étaient rendus plus ardues par la nécessité de recourir à des interprètes. Enfin, les renseignements fournis sur l'activité criminelle des prévenus étaient souvent imprécis, en sorte que l'administration de la preuve se heurtait à des obstacles qu'on ne pouvait surmonter le plus souvent sans de nouvelles recherches, au moyen de commissions rogatoires lancées soit en France, soit même en Allemagne.

-
- 1) Cf. R.J. Wilhelm, Peut-on modifier le statut des prisonniers de guerre ? (R.I.C.-R., 1953, p. 516, sp. 527) ;
 - 2) Comp. l'art. 103 de la Conv. de Genève No 111 (PG) de 1949 suivant lequel la détention préventive des PG poursuivis judiciairement "ne durera en aucun cas plus de 3 mois."

Il est facile d'imaginer les conséquences préjudiciables d'un tel prolongement de l'instruction préalable. Les témoins disparaissent ou ne parviennent plus à rappeler avec suffisamment d'exactitude des souvenirs remontant parfois à neuf ou dix ans et l'identification des responsables devient de plus en plus problématique. Ces incertitudes expliquent en partie le nombre relativement important - malgré les informations ouvertes contre inconnu -, des poursuites qui ont dû être abandonnées et qui, pour cette raison, ont fait l'objet d'ordonnances de non-lieu ou de verdicts d'acquittement (1).

Au surplus, la quasi-totalité des anciens militaires allemands impliqués dans les poursuites pour crimes de guerre étaient détenus. En différant la clôture de l'enquête, le juge d'instruction accroissait, par conséquent, la durée de la détention préventive, car l'absence de domicile fixe en France et la gravité de la plupart des inculpations rendaient très rares les ordonnances de mises en liberté provisoire au bénéfice des prévenus allemands. Les magistrats informateurs ne voulaient pas renvoyer dans les camps de prisonniers, des individus pour lesquels l'évasion allait être une tentation d'autant plus grande que les charges réunies à leur encontre étaient plus considérables. Dans la généralité des cas, les risques de non-représentation ont été jugés trop importants pour autoriser la mise en liberté provisoire. Il faut aussi reconnaître qu'à plusieurs reprises, la confiance que les juges d'instruction avaient cru pouvoir faire à certains prévenus en raison de leur grade ou de leurs fonctions, a été trompée. Ils ont profité de la liberté qui leur était rendue sur territoire français pour tenter de regagner l'Allemagne et d'échapper à la justice française, sans aucun souci du préjudice qu'ils pouvaient causer par une telle légèreté à leurs co-accusés ou à leurs subordonnés. Ainsi, la majorité des condamnations à des peines privatives de liberté qui n'excédaient pas cinq ans, ont été compensées par la détention préventive. Etant donné le petit nombre des juges d'instruction militaires, les prévenus sont demeurés en détention pendant de nombreux mois et dans certains cas, sans être interrogés, ou sans que les démarches nécessaires aient été faites pour retrouver la trace de témoins importants.

-
- 1) D'après une statistique publiée par la Direction de la Justice Militaire, sur 18.755 personnes poursuivies depuis le début de la répression jusqu'au 1er janvier 1952 (soit 3116 présentes et 15639 en fuite ou à la suite d'une information ouverte contre X), 12539 ordonnances de non-lieu et 320 acquittements ont été prononcés (Le Monde du 13.1.53) ;

On ne s'étonnera donc pas qu'il ait été possible de mettre en doute le bien-fondé d'enquêtes préliminaires d'une telle durée. Suivant l'opinion la plus généralement répandue, en Allemagne surtout, des hommes contre lesquels la justice de l'ennemi n'était pas parvenue à réunir des charges suffisantes en quatre ans d'instruction préalable devaient nécessairement être innocents.

En dépit des lacunes certaines de plusieurs informations, il convient toutefois de rappeler que les difficultés rencontrées à cette étape de la procédure n'étaient pas exclusivement d'ordre interne.

3.- Le problème de l'extradition.-

En effet, si l'extradition des ressortissants allemands suspects de crimes de guerre qui résidaient dans les zones d'occupation alliées s'est effectuée normalement de 1945 à 1947, des obstacles de plus en plus considérables ont été mis depuis lors à la livraison à la Justice française de ceux qui, pour reprendre les termes de la Déclaration de Moscou du 30 octobre 1943, devaient être "renvoyés dans les pays où ils ont commis leurs abominables forfaits...".

La coopération entre Alliés paraît avoir été singulièrement compromise sous ce rapport.

On notera d'emblée que le terme d'extradition a pu sembler impropre. Il suppose une convention entre l'Etat requérant et celui dont les personnes recherchées sont ressortissantes. Aucun contrat de cette nature ne liait évidemment la France et l'Allemagne, dont la loi fondamentale s'oppose d'ailleurs à l'extradition des nationaux. L'autorité requise étant en l'espèce une des autres Puissances d'occupation exerçant avec la Puissance requérante une sorte de condominium sur l'Allemagne jusqu'au plein rétablissement de sa souveraineté, il s'agissait davantage de la livraison d'un coupable d'une police à une autre que d'une véritable extradition. Mais, par les formalités dont elle s'est entourée, la remise des suspects de crimes de guerre d'une zone à l'autre, ou d'une zone à une des Puissances alliées, paraît cependant avoir peu à peu acquis certains des caractères de l'extradition.

Jusqu'à la signature et la ratification des Accords de Bonn, par lesquels l'Allemagne recouvrera sa souveraineté pour la partie occidentale de son territoire tout au moins, la question demeure régie par la loi No 10 promulguée à Berlin le 20 décembre 1945 par le Conseil de contrôle allié en vue du "châtiment des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité" (1). L'art. IV

1) J.O. du Conseil de contrôle en Allemagne, No 3, 31.1.46, p. 50-55 ;

de cette loi prévoit la procédure de l'arrestation et de la remise des personnes se trouvant en Allemagne et qui sont réclamées, soit par le commandant d'une autre zone que celle où elles se trouvent, soit par le gouvernement d'un autre pays, afin de répondre devant les Tribunaux de la zone ou du pays requérant d'un ou plusieurs des crimes définis par l'art. II/1 (crimes contre la paix, crimes de guerre ou crimes contre l'humanité), sur le modèle de l'art. 6 du Statut du Tribunal Militaire International déjà cité (1). Il n'est pas question d'extradition proprement dite.

Pourtant, la remise n'est pas automatique.

L'art. IV de la Loi No 10 indique à ce propos que le commandant de la zone où se trouve la personne recherchée "accèdera à la demande de remise qui lui est adressée, à moins ... qu'il ne soit pas convaincu de l'opportunité de cette remise" (2).

Jusqu'en 1948, ce système semble avoir fonctionné sans heurt, mais dès cette année, les formalités exigées par les autorités britanniques et américaines en alourdissent considérablement le fonctionnement.

Dans un règlement du 14 avril 1948, les autorités britanniques instituent dans leur zone des Tribunaux d'extradition (Extradition Courts), dont la procédure est publique et contradictoire. L'art. 20 de ce règlement stipule "L'extradition ne peut être demandée qu'en raison de crimes qui ont donné lieu à un mandat d'arrêt et dont la preuve a été fournie" (3). En fait, il semble que depuis le 1er septembre 1948, les autorités britanniques n'ont plus admis que les requêtes fondées sur des accusations de meurtre, "établies sans contestation possible" (4). Depuis 1950, elles paraissent avoir refusé d'instruire les demandes de livraison qui leur étaient présentées (5).

1) v. ci-dessus p. 26 ;

2) En ce qui regarde les personnes recherchées se trouvant au pouvoir de tierces puissances, cf. P. Guggenheim, Traité, II, p. 34 et p. 44-45 ;

3) Cf. H. Meyrowitz, Comment le Général Lammerding peut-il être extradé ? (Le Monde du 25.2.53) ;

4) Le Monde du 5.2.53 ;

5) Cf. la déclaration faite par M. Pleven, Ministre de la Défense Nationale devant l'Assemblée Nationale - 3ème séance du 27.1.53 (J.O.-Débats parlementaires- A.N. No 10-28.1.53 - p. 531-532) ;

Les autorités américaines se sont apparemment montrées moins intransigeantes que les autorités britanniques. A partir de 1949 cependant, elles n'ont, sauf à de rares exceptions, donné aucune suite aux demandes dont elles ont été saisies.

Quant aux requêtes adressées en zone soviétique, elles ont toutes fait l'objet de la même réponse : "Le criminel de guerre recherché n'a pu être identifié à l'adresse indiquée". Une seule exception a été faite à cette règle (1).

On conçoit que, loin de hâter la fin des procès de crimes de guerre, cette attitude négative entraînait le maintien en détention de prévenus dont la situation aurait pu être éclaircie rapidement si leurs co-accusés avaient été présents. Ces refus de livrer les anciens militaires allemands recherchés étaient d'autant plus choquants lorsqu'il s'agissait d'officiers, et notamment, d'officiers supérieurs, dont les subordonnés poursuivis contradictoirement étaient ainsi mis dans l'incapacité de faire la preuve des ordres qu'ils avaient reçus pour se justifier devant les juges français. Le cas du Général de SS Bernard Lammerring, ex-commandant de la 2ème Division SS "Das Reich" déjà citée (affaires de Tulle et d'Oradour, parmi nombre d'autres), domicilié à Düsseldorf, mais dont l'extradition demandée aux autorités d'occupation britanniques n'a pas été accordée, illustre fort bien les effets de ces divergences de vues entre Alliés. Il y a loin de la Déclaration de Moscou du 30 octobre 1943 à ces réticences croissantes de la part de Puissances qui se disaient prêtes à poursuivre jusqu'au bout de la terre les auteurs et les complices de ces forfaits. Le commandant de la Division Das Reich a sans doute été condamné à mort, mais par coutumace, tandis que les sous-officiers et les hommes de troupe ont été poursuivis et condamnés contradictoirement (2).

Il est inutile de dire à quel point cette situation est ressentie par les intéressés et combien l'équilibre de la répression s'en trouve compromis.

Cette importante question de procédure pose en réalité le problème de la nature juridique du crime de guerre. Comme le note le Prof. H. Donnedieu de Vabres dans le rapport qu'il a présenté au Vème Congrès international de droit pénal à Genève, en juillet 1947, la préférence donnée à la compétence territoriale rendra souvent épineuse la solution du problème de l'extradition, lorsque l'auteur aura cherché refuge à l'étranger.

Selon ce rapport, si les crimes de guerre sont considérés comme de simples violations des règles du droit international, et notamment, du Règlement de La Haye de 1907, la

1) Voir note 5, page 35 : ibid. p. 532 ;

2) Tribunal militaire de Bordeaux, 13.2.53 ; Oradour.

question de savoir s'il s'agit de crimes contre la sûreté extérieure de l'Etat, traditionnellement considérés comme délits politiques ou, au contraire, de crimes de droit commun, peut paraître douteuse. En revanche, si on leur donne pour base le droit commun, c'est-à-dire le Code pénal et le Code de justice militaire, "on est amené alors à reconnaître aux crimes de guerre, nonobstant leur complexité et leur connexité avec des infractions de nature politique, le caractère d'infractions de droit commun". Dans ce dernier cas, l'extradition pourra être accordée sans difficulté.

A la suite de ce rapport, le Vème Congrès a émis le vœu "... que la répression des crimes de guerre soit assurée par l'extradition avec toutes les garanties résultant de l'intervention des autorités judiciaires, ou que ces crimes soient jugés sur le territoire de l'Etat requis... " (1).

Par leur attitude négative, les Puissances occupant l'Allemagne ont, à l'exception de la France, montré qu'elles ne partageaient pas entièrement ce point de vue, ou tout au moins, que des poursuites exercées tardivement devenaient inopportunes, ce qui est d'ailleurs une autre manière de consacrer le caractère politique des crimes de guerre (2).

A la vérité, et sans prétendre épuiser d'emblée une question qui exige d'autres développements, on peut dire que le crime de guerre n'est ni un crime de droit commun, ni un crime politique.

Si la thèse suivant laquelle il faut considérer toute infraction aux lois et coutumes de la guerre comme un infraction de droit commun, paraît au premier abord séduisante, parce qu'elle permet de résoudre plus aisément des problèmes comme celui de l'extradition, elle méconnaît en revanche le fait que le droit des gens constitue la base juridique des crimes de guerre. C'est parce que ces actes sont contraires au droit international que l'ordre juridique interne est appelé à assurer leur sanction. L'interdiction ne peut être assortie d'une peine en droit international que dans la mesure où elle préexiste dans le droit des gens. A défaut de quoi, le droit pénal interne pourrait arbitrairement ériger en crimes des actes qui ne constituent nullement des violations des lois et coutumes de la guerre (3).

-
- 1) Cf. Compte rendu de M. le Prof. J. Graven, (RIDP., 1947, p.39);
 - 2) Comp. art. 49/50/129/146 al. 2 commun aux quatre Conventions de Genève du 12.8.49 ;
 - 3) P. Guggenheim, Traité, II, p. 28 et s., 32 n. 3 ;

4.- La mise en accusation et les lois de 1948 et 1953.-

Lorsque l'instruction est close et que l'inculpation est suffisamment établie, le juge d'instruction prononce une ordonnance de renvoi devant la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel, si le fait incriminé est punissable de mort ou des peines de la déportation, des travaux forcés, de la détention ou de la réclusion (art. 66, al. 5 CJM). Cette juridiction est elle-même chargée d'assurer le contrôle de l'information et de statuer sur le renvoi devant le tribunal militaire (art. 68 CJM ; art. 217-250 Code d'instruction criminelle).

L'arrêt de renvoi qu'elle prononce peut être attaqué par l'accusé au moyen du pourvoi devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation (art. 407 et suivants CIC).

Ce stade de la procédure est l'occasion de nouveaux et considérables délais. Plusieurs mois s'écoulent souvent entre l'introduction du pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel siégeant dans le ressort du tribunal militaire, et la notification de la décision prise par la Cour de cassation, même si elle est négative. Et, lorsque la juridiction suprême constate que l'une des formalités prescrites par le Code d'instruction criminelle ou le Code de justice militaire a été omise ou violée, elle ordonne le renvoi devant une autre Cour d'appel pour statuer à nouveau dans le sens des considérants dont sa décision est accompagnée. Dans l'affaire d'Oradour, elle a même prescrit à la Cour d'appel désignée sur renvoi, d'ordonner un supplément d'information (1).

Mais là aussi, il est constant que ces lenteurs supplémentaires ne sont pas imputables exclusivement à une organisation judiciaire insuffisante. En effet, l'usage généralisé, confinant parfois à l'abus, que les inculpés font ici du pourvoi en cassation contre les arrêts de renvoi, interrompt fréquemment le cours normal de la procédure. Il suffit d'ailleurs très souvent, lorsque plusieurs inculpés font l'objet d'un même arrêt de renvoi, qu'un seul d'entre eux frappe d'un pourvoi la décision de la Chambre des mises en accusation, pour que tout le dossier doive être renvoyé à Paris, éloignant ainsi la date du jugement de tous les accusés, y compris de ceux qui n'ont pas fait recours.

L'intervention de la Cour suprême perd alors l'essentiel de sa raison d'être qui est de contrôler l'exacte application de la loi, car les inculpés considèrent le pourvoi en cassation à ce stade de la procédure comme un moyen avant tout dilatoire. A tort ou à raison, ils pensent qu'ils ont tout à gagner en comparaisant aussi tard que possible devant leurs juges. Il est vrai que la sévérité des condamnations prononcées au début de la répression, comparée à la relative mansuétude des décisions

1) Crim., 3.8.50 ; Graef et autres (Oradour) (B., 231) ;

rendues dans des espèces semblables un ou deux ans seulement plus tard, est là pour confirmer la justesse d'un tel calcul. Là où le hasard a voulu que tous les responsables aient pu être identifiés dans les camps de prisonniers de guerre, rien ne s'opposait à la fixation de l'audience de jugement. Ces dossiers ont été naturellement les premiers à passer devant les tribunaux, dont la jurisprudence n'a pas encore eu le temps de se former et d'établir des degrés dans l'application de la peine. C'est l'époque où les condamnations à mort sont nombreuses. Le souvenir des cours martiales de la Libération est encore proche. Seuls comptent les faits. L'atmosphère est à l'extrême sévérité, sinon même à l'aveuglement : toutes les opérations de la police d'occupation font l'objet de qualifications criminelles, toute arrestation est arbitraire, toute détention est une séquestration, accompagnée ou non de sévices, et, d'autre part, toutes les exécutions de francs-tireurs, avec ou sans le contrôle d'une autorité supérieure ou d'un tribunal sont des mises à mort par représailles, donc des crimes.

La pratique des tribunaux militaires ne se nuance-ra que plus tard. Il faut attendre 1948 ou 1949 pour qu'on admette qu'a priori, la police d'occupation a le droit d'arrêter et d'emprisonner des civils suspects d'avoir commis des attentats ou des sabotages à l'encontre de l'armée ou des installations de la Puissance occupante (1), - sinon celui de les maltraiter et de les déporter -, et que l'exécution de civils pris les armes à la main n'est pas punissable lorsqu'elle est précédée d'un jugement ou d'une décision qui en tiennent lieu (2).

Les importantes différences d'appréciation qu'on peut constater d'un jugement à l'autre expliquent donc l'augmentation croissante des pourvois en cassation.

Mais si ce recours massif à la sanction de la Cour suprême a l'inconvénient certain de prolonger la procédure de quelques mois encore, il a néanmoins l'avantage de donner aux juges de cassation, dont les arrêts sont motivés, contrairement aux jugements des tribunaux militaires sur le fond, l'occasion de dégager d'importants principes d'interprétation de l'ordonnance du 28 août 1944.

Cette création jurisprudentielle, qui permet parfois de maintenir la répression dans des limites acceptables, s'est exercée tout particulièrement à propos du second texte applicable aux crimes de guerre poursuivis en France : la Loi du 15 septembre 1948 modifiant et complétant l'Ordonnance du 28 août

-
- 1) Comp. art. 5 et 68 de la Convention de Genève, No IV (civils) de 1949 ;
 - 2) Comp. art. 5 de la Convention de Genève, No III (prisonniers de guerre) de 1949 ;

1944, plus connue en Allemagne sous le nom de "Lex Oradour" (1).

En effet, les art. 1 et 2 de la Loi de 1948 - abrogés cinq ans plus tard par la Loi du 30 janvier 1953 (2) - sont destinés à permettre de résoudre l'un des problèmes les plus épineux qui se soient posés à la technique juridique de la répression : celui des "organisations criminelles collectives", telles que les SS, la Gestapo, etc. (3).

Les membres de ces formations spéciales avaient fait l'objet de déclarations collectives de criminalité de la part du Tribunal Militaire de Nuremberg. Appliquant les art. 9 à 11 du Statut de Londres cité plus haut, cette juridiction criminelle des Nations Unies avait déclaré criminels certains des membres de ces organisations, désignés notamment par les fonctions qu'ils assumaient et par leur participation ou leur non-participation aux crimes formant le but de l'organisation (4). Cette partie du jugement de Nuremberg est purement déclarative. Elle n'a donc entraîné le prononcé d'aucune peine à l'encontre des membres de ces organisations qui ne figuraient pas parmi les "grands criminels de guerre". Les déclarations collectives prononcées par le Tribunal Militaire International avaient pour principal effet d'instituer à l'égard des Tribunaux nationaux une présomption de criminalité des buts poursuivis par l'organisation, présomption qui ne pouvait être remise en cause au cours d'un procès à cet échelon.

Les membres de ces organisations étaient particulièrement nombreux en France. Si la conduite des soldats appartenant à la Wehrmacht n'a pas été toujours irréprochable, le nombre des crimes qui leur ont été imputés est sans comparaison avec celui des exactions de tous genres dont les auteurs étaient soit des SS, soit des membres de la police d'occupation. Les unités armées de SS (Waffen-SS) étaient des formations d'élite. Nombre d'entre elles ont été retirées du front russe pour être affectées à la défense du mur de l'Atlantique en prévision du débarquement. Au même moment, les attentats et les sabotages effectués par la Résistance redoublaient. Les troupes allemandes étaient donc gravement menacées sur leurs arrières. Les opérations punitives de l'occupant sont par contre-coup devenues de plus en plus cruelles : c'est sans doute de 1944 que datent la plupart des massacres collectifs destinés à terroriser la population. C'est également à ce moment-là que les SS se sont partout illustrés par une complète absence de sang-froid et une incroyable dé-

1) J.O. 16.9.48, p. 9138 (Loi No 48-1416) v. Annexe II, p. 470 ;

2) J.O. 31.1.53, p. 898 (Loi No 53-32) v. Annexe III, p. 471 ;

3) cf. J.B. Herzog "Les organisations nationales-socialistes devant le Tribunal de Nuremberg" (RIDP. 1946, p. 343) ;

4) Procès, Tome I, p. 82 et 269.

mesure dans leurs réactions aux attaques dont ils pouvaient évidemment s'attendre à être l'objet en pays ennemi.

Du point de vue de la répression, ces crimes pourtant évidents, avaient été commis dans des conditions telles que la preuve de la culpabilité individuelle de chacun des participants apparaissait presque impossible à rapporter suivant les principes du droit commun.

En effet, les massacres comme ceux d'Ascq et d'Oradour paraissaient être le fruit d'une action collective pratiquement indivisible. Soit que les témoins aient disparu, soit qu'ils se soient déclarés incapables d'identifier les inculpés comme les auteurs des crimes commis, l'instruction piétinait dans la plupart des cas. L'anonymat de l'uniforme, la rapidité de l'action criminelle, l'impossibilité d'imputer si l'on peut dire "telle victime à tel assassin" semblaient rendre ces enquêtes criminelles sans issue.

C'est pour les faire sortir de cette impasse que le législateur de 1948 a éprouvé le besoin de retoucher l'édifice mis sur pied en 1944.

Il semble avoir été particulièrement mal inspiré.

En effet, les articles 1 et 2 de la Loi du 15 septembre 1948 ont soulevé de telles protestations, même dans l'opinion française, que tout a été mis en oeuvre pour en différer l'application et finalement, pour en obtenir l'abrogation.

On se bornera ici à noter qu'aux termes de l'article premier, il suffit à l'Accusation d'établir, d'une part que le crime (ou l'ensemble indivisible des crimes poursuivis) est imputable à l'action collective d'une formation ennemie et, d'autre part, que les accusés appartenaient à la dite formation, pour que le tribunal ait le pouvoir de conclure à la culpabilité individuelle de chacun d'eux. Pour échapper à cette présomption de culpabilité individuelle, l'accusé dispose, il est vrai, d'une porte de sortie. Il doit faire la preuve de son incorporation forcée dans la formation incriminée et de sa non-participation au crime collectif. Mais les deux preuves libératoires sont cumulatives, en sorte qu'un engagé volontaire qui aurait réussi à prouver qu'il se trouvait en permission ou à l'hôpital, à cent lieues de l'endroit du crime, peut néanmoins être condamné pour y avoir pris part.

Ajoutons que l'art. 1er s'accompagnait d'une référence au jugement de Nuremberg : la formation dont l'action collective était incriminée devait elle-même faire partie d'une des organisations déclarées criminelles par le tribunal militaire international, telles les SS, la Gestapo, etc. L'art. 2 fournissait en outre au juge des règles pour l'application de l'article premier, indiquant à quels signes (localisation géographique, gravité, importance, répétition des crimes, nombre élevé des victimes), il pourrait conclure à l'existence d'une action collec-

tive.

L'art. 3 vise, d'autre part, les ressortissants français que l'ordonnance de 1944 n'atteignait pas. La loi du 30 janvier 1953 déjà citée l'a laissé subsister en le modifiant légèrement. Il prévoyait dans le texte de 1948 qu'allemands et français pourraient faire l'objet de poursuites communes, lorsque l'instance est contradictoire à l'égard d'un allemand. La loi de 1953 maintient la possibilité de poursuivre les individus non-vus par l'ordonnance de 1944, mais sans toutefois qu'ils soient compris dans les mêmes poursuites que les Allemands, ce qui avait été jugé infâmant.

L'art. 4 autorise, d'autre part, les magistrats instructeurs à donner communication des dossiers de crimes de guerre aux représentants des pays qui pratiquent un régime de réciprocité. Enfin, l'art. 5 de la Loi de 1948 tempère d'une réserve l'art. 5 de l'ordonnance de 1944 : les tribunaux militaires doivent être composés en majorité de juges résistants "sauf impossibilité dûment constatée par l'autorité militaire compétente".

Loi de circonstance, les dispositions qui instituaient en 1948 une responsabilité collective, renversant la présomption d'innocence de l'inculpé, ont disparu également à la suite d'un acte législatif dicté par les besoins du moment. C'est parce que des Alsaciens-Lorrains, incorporés de force dans l'armée allemande, se trouvaient avoir participé au massacre d'Oradour et qu'Allemands et Français étaient assis côte à côte sur le banc des accusés devant le tribunal de Bordeaux, en application de l'article 3 précité, que l'Assemblée Nationale a estimé devoir modifier la procédure prévue en 1948. Elle a alors stipulé qu' "en ce qui concerne les procès dont les débats seraient déjà commencés", la division de la procédure entre Français et Allemands aurait lieu aussitôt après la clôture de l'instruction publique à l'audience. Sous la généralité de ces termes, le législateur n'avait entendu disposer que pour le seul procès d'Oradour. C'est pourquoi le tribunal militaire de Bordeaux a dû prononcer le 13 février 1953 sur réquisitoires et plaidoiries séparés. Le Parlement a profité de l'occasion pour supprimer la présomption de culpabilité des art. 1 et 2 (1). Quelques jours plus tard, les Alsaciens condamnés étaient, en outre, amnistiés (2).

Si le hasard n'avait pas voulu que les Alsaciens aient appartenu précisément à l'unité désignée pour cet odieux massacre en ajoutant ainsi un surcroît d'horreur à cette tragédie, il est certain que ces dispositions révolutionnaires feraient encore partie du droit français.

1) Loi du 30 janvier 1953 (J.O. 31.1.53) ;

2) Loi du 19.2.53 (J.O. 21.2.53) ;

Mais leur carrière éphémère ne les a pas empêchées d'augmenter encore, si faire se pouvait, l'extraordinaire encombrement des tribunaux militaires et de la Cour de cassation.

Si un très grand nombre d'anciens SS ont pu être inculpés du chef d'assassinat, d'incendie ou de pillage, et rendus passibles de cette manière de la peine capitale, alors que seule leur appartenance aux SS avait pu être établie jusque là (1), la situation extrêmement grave dans laquelle les mettait l'application de la loi de 1948 les a presque tous incités à se pourvoir en cassation contre les arrêts de renvoi des Chambres d'accusation. A la suite de ces recours, les instructions ont dû être complétées dans plusieurs cas. En outre, certains arrêts de cassation ont entraîné le renvoi de la cause devant une autre Cour d'appel. Enfin, la Chambre criminelle paraît s'être assigné pour tâche de maintenir l'application de cette loi néfaste dans les plus strictes limites. On concevra que le cours de la justice s'en est encore trouvé très sensiblement ralenti.

5.- L'audience de jugement.-

Après la notification à l'accusé de l'arrêt par lequel la Chambre d'accusation de la Cour d'appel le renvoie devant le tribunal militaire (art. 69 du code de Justice militaire), et si cette décision n'est pas frappée de pourvoi en cassation, le Commissaire du gouvernement dresse l'acte d'accusation qui est également notifié à l'accusé.

Ces deux documents sont remis en langue française aux accusés allemands, même s'ils ne comprennent pas cette langue. Aucune traduction écrite n'est prévue. Rien ne s'oppose plus en principe à la convocation du tribunal.

On notera, cependant, qu'en ce qui regarde les accusés qui avaient en même temps la qualité de prisonniers de guerre, le gouvernement français a estimé devoir se soumettre aux prescriptions de la Convention de Genève du 27 juillet 1929 à propos des notifications qui doivent être faites en pareil cas à la Puissance protectrice. L'art. 60 de l'ancienne Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre prévoit, en effet, que la Puissance détentricice doit avertir le représentant de la Puissance protectrice de l'ouverture des poursuites et "trois semaines au moins avant l'ouverture des débats", de la date du jugement. Toutes les Puissances protectrices des intérêts alle-

-
- 1) Les organisations ou entreprises de terrorisme systématique sont assimilées par l'art. 2 ch. 2 de l'ordonnance du 28 août 1944 à l'association de malfaiteurs des art. 265 et suivants du code pénal, crime punissable des travaux forcés à temps.;

mands ayant résilié leurs fonctions au moment de la capitulation du IIIème Reich, leur mandat ayant juridiquement disparu, le Comité international de la Croix-Rouge, qui visitait déjà les camps de prisonniers de guerre en mains alliées, avait accepté d'assumer dans la mesure de ses possibilités, la protection des prisonniers de guerre allemands sous le coup de poursuites judiciaires, en France notamment. C'est donc à cette institution qu'en l'absence de Puissance protectrice, les autorités françaises ont adressé les notifications d'ouverture de poursuites et de fixation de jugement concernant les crimes ou délits commis par les prisonniers de guerre allemands, avant ou pendant leur captivité. C'est à elle également qu'elles ont fait ensuite parvenir des extraits des décisions rendues (1).

Il s'agissait là, sans doute, d'un expédient, destiné à tenir compte des formalités conventionnelles même dans les circonstances exceptionnelles où se trouvait l'Allemagne en 1945. Aussi bien le tribunal militaire de cassation avait-il jugé qu'en matière de crimes de guerre "Le Comité de la Croix-Rouge internationale n'a pas à être averti de l'ouverture de la procédure, l'article 66 du Code de Justice militaire ne faisant aucune allusion à ce sujet" (2). Ces communications ont néanmoins continué, entraînant ainsi un délai d'environ un mois entre la notification du jour de l'audience au C.I.C-R. et l'ouverture des débats.

Dès le début de l'audience, la physionomie habituelle des débats est profondément modifiée par le problème de la langue. Si certains accusés possèdent suffisamment le français pour être en mesure de répondre aux questions posées et de suivre normalement le déroulement de l'enquête orale, puis le réquisitoire et la plaidoirie, le plus grand nombre demandent à recourir aux services d'un interprète qui est assermenté à cet effet (art. 332 du Code d'instruction criminelle). Mais les tribunaux n'étant pas dotés de l'équipement technique permettant de réaliser la traduction simultanée de tout ce qui est dit à l'audience, il est clair que la traduction consécutive ne remplit que partiellement son but.

Ainsi, les dépositions des témoins, parfois capitales pour l'accusé, ne sont que résumées et ni le réquisitoire ni la plaidoirie ne sont traduits. L'accusé qui ne possède pas le

-
- 1) Cf. Rapport du C.I.C-R. sur son activité pendant la seconde guerre mondiale, XVIIème Conf. internat. de la Croix-Rouge, Stockholm, 1948, Vol. I, p. 370, sp. 375 ; et P. Boissier, op. cit. p. 77 ; comp. P. Jenner, La Puissance protectrice en temps de guerre ;
 - 2) Cf. Trib. Mil. cass. Paris, 28 sept. 1945 (Juglart, Répertoire, p. 235) ;

français demeure donc le plus souvent en marge du débat décisif dont il sera pourtant le principal objet.

Il est difficile de se défendre d'un certain sentiment de gêne lorsque l'audience se déroule dans de telles conditions, a fortiori lorsque l'interprète est en dessous de sa tâche.

On ne saurait omettre de relever également l'atmosphère souvent passionnée des audiences au cours desquelles les ennemis de la veille sont appelés à répondre de leur conduite. Cependant, si les témoignages à charge manquent parfois de l'objectivité nécessaire, on constate que ceux qui sont empreints d'une modération très digne de respect émanent de résistants ou d'habitants de la France occupée qui ont le plus durement souffert des troupes allemandes. C'est que leurs épreuves sont précisément un titre suffisant au respect de la communauté à laquelle ils appartiennent, pour qu'ils ne soient pas tentés de s'en créer d'autres en chargeant les occupants aujourd'hui réduits à l'impuissance (1).

Il n'est pas rare non plus que l'audience révèle les lacunes d'une instruction qui a pourtant duré la plupart du temps plusieurs années. Des témoins n'ont pas été retrouvés, d'autres n'ont pas été recherchés avec suffisamment de zèle, ou le magistrat instructeur a laissé le soin au juge du fond de procéder aux confrontations qui eussent permis cependant de faire la lumière sur l'affaire bien avant le jour de l'audience. Très souvent, on a le sentiment que le juge d'instruction a préféré renvoyer l'inculpé devant le Tribunal, afin de laisser aux magistrats du siège la responsabilité d'un acquittement, plutôt que d'arrêter lui-même la poursuite au moyen d'une ordonnance de non-lieu. Cette méthode s'explique lorsque le dossier est particulièrement complexe. Elle ne saurait en revanche justifier des années de détention préventive quand l'accusation n'est pas parvenue à établir la culpabilité certaine de l'inculpé.

Quant aux témoignages à décharge, il est clair qu'ils n'auront de poids que lorsqu'ils émanent de ressortissants français auxquels il faut une certaine dose de courage pour oser faire une telle déposition, surtout dans les années qui ont immédiatement suivi la Libération de la France. Et si l'inculpé désigne un parent ou un supérieur domicilié en Allemagne, on imagine quelles résistances il doit vaincre et quelles difficultés il doit surmonter pour obtenir que le témoin cité accepte de se rendre en personne devant le tribunal français où il court le plus grand risque d'être arrêté à son tour. La plupart de ces dépositions orales ou écrites se sont d'ailleurs révélées plus nuisibles qu'utiles à l'accusé. Même lorsque tous les obstacles matériels (visas, remboursement de frais de voyage et de séjour) ont été écartés, les obstacles psychologiques demeurent considé-

1) Cf. P. Boissier, *L'épée et la balance*, p. 75 ;

rables. Lorsque, par excès de prudence, le témoin allemand cité ne se cantonne pas dans des déclarations générales sans aucune portée pour l'accusé, il tombe dans le travers contraire en professant devant un tribunal de résistants des opinions si insolites qu'elles portent évidemment le plus grand préjudice à celui qu'on cherche à blanchir avec tant de maladresse. Il reste - pour conclure sur ce point - que la possibilité matérielle de faire citer des témoins à décharge a été trop étroitement et surtout trop tardivement accordée aux anciens militaires allemands poursuivis en France.

Le réquisitoire se cantonne généralement dans un développement des thèses soutenues dans l'acte d'accusation. Sans vouloir diminuer en rien les mérites des magistrats des parquets militaires, il faut reconnaître que si la complexité des faits et le nombre parfois élevé des participants poursuivis ont exigé des analyses approfondies, le caractère exceptionnel de l'ordonnance de 1944 et surtout de la loi de 1948 ont singulièrement facilité la tâche des représentants de l'Accusation. En outre, les principaux problèmes de droit international semblent avoir été généralement laissés de côté, la loi pénale française étant considérée comme seule applicable.

La tâche de la défense est plus malaisée.

Tous ceux qui ont pu suivre les procès de crimes de guerre rendront hommage au courage et à la conscience professionnelle des avocats français qui ont plaidé dans de telles circonstances. Prendre la défense d'un allemand en 1945, et qui plus est, d'un présumé criminel de guerre, exigeait une conception singulièrement élevée du rôle de la défense. Désignés d'office par leurs bâtonniers, les membres du barreau français se sont acquittés à leur honneur de cette tâche ingrate, parce que mal comprise de l'opinion (1). Peu familiarisés avec le droit international, éprouvant généralement de grandes difficultés à se procurer les textes nécessaires et, notamment, les lois et les ordres du IIIème Reich qu'invoquaient leurs clients, obligés de recourir aux services d'un interprète pour s'entretenir avec les inculpés et d'entreprendre des démarches coûteuses pour faire citer des témoins à décharge domiciliés hors de France ou pour obtenir de leur part des déclarations écrites, les avocats ne se sont laissés arrêter par aucun obstacle pour remplir leur mandat. Leurs plaidoiries ont été pour une grande part dans le mouvement d'opinion qui a conduit à l'abrogation de la responsabilité objective et collective instituée en 1948 (2). Aussi,

1) Cf. P. Boissier, op. cit. p. 83 ; camp. K. Sonnenburg, Die französischen Kriegsverbrecherprozesse im Lichte des internationalen Rechts und des Rechtslebens der Völker, Munich, 1951, p. 20 ;

2) Cf. R. de La Pradelle, L'affaire d'Ascq, Paris, Les Ed. Intern. 1949.

lorsqu'ils ont été autorisés à assister leurs compatriotes devant les tribunaux français, les avocats allemands se sont-ils fréquemment abstenus de prendre eux-mêmes la parole, témoignant par cette attitude des mérites de leurs confrères français et de la confiance que les prévenus pouvaient leur faire à si juste titre.

Après la clôture des débats publics, le Président fait connaître les questions qui seront posées aux juges, puis le tribunal se retire pour délibérer (art. 87-88 du Code de Justice militaire). En effet, le jugement dont le Président donne ensuite lecture en séance publique (art. 93 CJM), mais hors la présence de l'inculpé (art. 89 CJM), ne s'exprime sur la culpabilité que par "oui" ou par "non", suivant que la majorité légale de cinq voix contre deux est acquise dans un sens ou dans l'autre (art. 90 CJM) (1). Une majorité de quatre voix contre trois pour une réponse positive à la question de la culpabilité est assimilée à une réponse négative. C'est l'acquittement dit, à la minorité de faveur, qui a été prononcé à plusieurs reprises en faveur de prévenus allemands, il convient de le noter.

Ainsi, le jugement, qui est rendu en dernier ressort et n'est susceptible que de cassation ou de révision, n'est assorti d'aucun considérant, ni sur la culpabilité, ni sur la peine (art. 91 CJM). Sans aller jusqu'à penser qu' "un jugement qui ne donne pas ses raisons risque fort de ne pas en avoir de claires, de bonnes et de décisives", et que "l'absence de motifs conduit tout droit à l'arbitraire" (2), il faut déplorer que le Code de Justice Militaire n'ait pas estimé nécessaire de prévoir l'obligation de motiver la décision rendue sur le fond. L'étude de la jurisprudence des tribunaux militaires se heurte là à un écueil important. On ne s'étonnera donc pas des nombreuses références qui seront faites aux arrêts de la Cour de cassation française et, surtout, aux décisions rendues dans des espèces parallèles par des tribunaux militaires de pays alliés de la France.

Cette confrontation indispensable s'étendra d'ailleurs également aux autres lois nationales en matière de crimes de guerre. Sans doute, les institutions et les textes varient-ils d'un pays à l'autre, au point que les données même du problème ne puissent toujours se recouvrir exactement. Ainsi, le droit anglo-saxon contient des notions qui ont influencé notamment le Statut du tribunal militaire international et plusieurs des lois adoptées à l'échelon national, mais qui ne trouvent généralement pas de correspondant dans les droits du continent européen comme ceux de la France ou de la Belgique. Mais si les

1) Cf. Juglart, Répertoire, p. 137 et s. ;

2) Cf. J. Graven, Introduction à une procédure pénale rationnelle de prévention et de défense sociale, (RPS., 1950, p. 170).

points de départ divergent parfois, les systèmes répressifs mis en oeuvre, en Europe tout au moins, présentent suffisamment de points communs pour que leur mise en parallèle se justifie sans autre réserve (1).

6.- Les recours.-

Lorsque le jugement de condamnation est prononcé, l'accusé, devenu "criminel de guerre", dispose encore, ainsi qu'on l'a rappelé plus haut, du recours en cassation qui est introduit d'office en cas de condamnation à mort (2).

La défense va jouer ici un rôle essentiel. En effet, à ce stade de la procédure, on requiert d'ordinaire l'office de spécialistes, c'est-à-dire d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Là aussi, il convient de rendre hommage à l'attention scrupuleuse que les avocats à la Cour de cassation, désignés par le Président de leur Ordre, n'ont cessé de vouer aux cas des prisonniers allemands qui leur étaient soumis. Grâce à eux, de nombreuses décisions des juridictions militaires ont fait l'objet d'un examen de la part de la Cour suprême. A plusieurs reprises, des condamnations ont été annulées et la cause renvoyée devant un autre tribunal, dont le jugement, quelques mois plus tard a parfois témoigné d'une plus équitable appréciation des faits que lors de la décision de première instance, obligatoirement rendue par la juridiction la plus proche du lieu du crime.

-
- 1) Voir les textes de ces lois étrangères dans G. Lümmert, *Die Strafverfahren gegen Deutsche im Ausland wegen Kriegsverbrechen*, Hamburg, 1949 ; Loi No 10 (p. 83), loi belge (p. 89), loi danoise (p. 91), lois françaises de 1944 et 1948 (p. 94-97), loi luxembourgeoise (p. 99), loi néerlandaise (p. 106), loi norvégienne (p. 108). Voir également dans *Law Reports of Trials of War Criminals*, publiés par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, les lois britannique (Vol. I, p. 105 et II, p. 126), canadienne (Vol. IV, p. 125), australienne (Vol. V, p. 94), chinoise (Vol. XIV, p. 152), grecque (Vol. XV, p. 36), polonaise (Vol. VII, p. 82), tchécoslovaque (Vol. XV, p. 205), yougoslave (Vol. XV, p. 207) et des Etats-Unis d'Amérique (Vol. I, p. 111, VI, p. 26, IX, p. 54-59 et XII, p. 62-63) ;
 - 2) Etant donné la disparition de la Puissance d'origine, la communication des jugements de condamnation à la peine capitale prévue par l'art. 66 CPG. 1929, a été faite au C.I.C.-R. Mais le délai de 3 mois de l'art. 66 al. 2 n'a pas été observé. Comp. art. 101 CPG, 1949 ;

Les procédures de cassation dans l'intérêt de la loi et du condamné, d'ordre de M. le Garde des Sceaux, et les pourvois en révision ont été, comme il se doit, l'exception. L'ultime recours du condamné, dont le jugement est devenu définitif, réside, par conséquent, dans la grâce. En dépit de la gravité exceptionnelle des faits qui ont motivé les plus graves condamnations, des mesures de grâce ont été prises dans plusieurs cas, soit par décrets individuels, soit par décrets collectifs (à l'occasion de la Fête Nationale du 14 juillet, notamment). Il faut néanmoins déplorer que malgré les dernières explications que la défense est alors invitée à lui fournir personnellement, le chef de l'Etat n'ait pas jugé possible de commuer en peines privatives de liberté certaines condamnations à mort dont la base était si fragile que les mêmes tribunaux, saisis quelques mois plus tard de faits analogues devaient prononcer des peines de travaux forcés ou de réclusion.

Ces morts-là qui sont, il est vrai, demeurées exceptionnelles (1), constituent, pour l'analyse volontairement technique qu'on va lire, un arrière-plan de tragédie qu'on aura garde d'oublier. Jointes aux centaines de milliers de morts en déportation ou sous les balles des pelotons d'exécution d'otages, elles sont la dramatique démonstration du prix insensé dont se paye la guerre, pour qui les vies humaines comptent peu.

* * *

La description sommaire qui vient d'être faite de l'évolution du problème de la sanction pénale des lois de la guerre et du déroulement des poursuites judiciaires qui ont été engagées en France à partir de 1945, permet déjà de formuler quelques observations préliminaires.

Il est constant, tout d'abord, que les crimes de guerre appartiennent à un domaine du droit encore mal délimité. Ils participent, en effet, à la fois du droit pénal et du droit international. Or, le droit pénal, qui n'a cessé jusqu'ici de relever du droit interne - même dans le Statut et le jugement du tribunal militaire international de Nuremberg -, est composé de règles écrites dont l'existence et la force obligatoire peuvent être aisément vérifiées. Il suffit pour cela de se reporter aux codes où elles se trouvent consignées. En revanche, le droit des gens, dont le rôle capital consiste ici à déterminer jusqu'à

1) Selon la même statistique de la Direction de la Justice militaire déjà citée plus haut, 55 condamnations à mort auraient été exécutées sur 93 prononcées contradictoirement au 1er janvier 1952 (Le Monde, du 13.1.53).

quel point la guerre justifie des actes qui sans cela seraient des crimes, est un droit fréquemment coutumier, donc incertain, mouvant, en perpétuelle formation. Même lorsqu'il fait l'objet de traités internationaux dûment ratifiés et publiés, il arrive que certaines de ses règles tombent en désuétude, dépassées par le progrès technique ou par un changement dans la pratique des Etats. En tout état de cause, elles n'ont pas la valeur d'une législation interne, commune à une société unie et pourvue des organes d'exécution et de jugement appropriés. Elles ne sont, en fait, que le résultat du consentement mutuel des Puissances contractantes. C'est dire que nombre de principes du droit international demeurent discutés, puisque la plupart d'entre eux dépendent de l'interprétation que chaque Etat leur donne.

Les crimes de guerre représentent ainsi une frontière commune entre deux domaines du droit dont la nature et le mode de formation sont foncièrement différents et qui obéissent, par conséquent, chacun à des lois qui lui sont propres. Il suit de là que des règles maintes fois vérifiées en droit pénal interne ne pourront garder la même signification, ni la même portée, lorsqu'il s'agira de châtier, non plus les auteurs d'infractions de droit commun, mais ceux qui auront commis des actes répréhensibles à l'encontre de l'ennemi au cours d'un conflit armé. Les transpositions, les assimilations qui pourraient être tentées en puisant dans les notions reçues en droit interne, apparaîtront le plus souvent comme de périlleuses approximations sur lesquelles on ne saurait fonder en matière de crimes de guerre que des solutions toutes provisoires. C'est que les violations des lois et coutumes de la guerre, c'est-à-dire des règles qui dominent la conduite des hostilités entre des Etats, ne peuvent être mises sur le même pied que la rupture de l'ordre social interne provoquée par l'auteur d'un meurtre ou d'un vol. On ne s'étonnera donc pas que le terrain apparemment solide du droit criminel et des principes éprouvés qui le régissent, se dérobe à plusieurs reprises sous les pas. Qu'est-ce que la guerre ? A quoi reconnaît-on qu'elle commence et qu'elle finit ? Que faut-il entendre par nécessités militaires ? Quels actes justifient-elles ? Autant de questions auxquelles les manuels et les traités donnent les réponses les plus variées et les plus imprécises, tant les notions qu'elles visent sont fluides et sujettes à interprétation.

Par leur nature juridique, étroitement dépendante des particularités propres au droit des gens, les crimes de guerre imposeront donc à la présente étude des limites souvent importantes qui ne se manifesteraient sans doute pas s'il ne s'agissait que de droit interne.

Il suffit, pour se convaincre du caractère exceptionnel des crimes de guerre, de franchir la porte de la prison

ou celle du prétoire et d'observer ceux auxquels on a appliqué le qualificatif infamant de "criminels de guerre", avant même parfois qu'ils ne soient condamnés. Ces militaires et ces fonctionnaires de l'armée et de l'administration ennemie, poursuivis en raison de leur conduite au cours des hostilités, peuvent-ils être comparés un instant à la population pénale qui est l'hôte des cellules voisines ou qui fournit les accusés de droit commun - escrocs, voleurs, souteneurs - de l'affaire suivante ? Certainement non. Ils appartiennent eux aussi, il est vrai, aux couches sociales les plus diverses, mais on ne trouve pas, dans cette catégorie particulière de détenus, la proportion habituelle de récidivistes et d'individus tarés qui vont d'une démarche quasi obligée à leur crime. Sans doute, verra-t-on parmi eux ce pourcentage d'êtres abjects qui sont le résidu de chaque société et dont la guerre n'a fait que révéler la bassesse et la cruauté. Les tortionnaires des camps de concentrations et des interrogatoires du troisième degré sont de ceux-là. Mais il est clair que la plupart des autres sont des hommes qui, sans la guerre, n'auraient jamais pénétré dans l'univers pénitentiaire. Leur casier judiciaire est très généralement vierge. Aussi les notions ordinaires du droit pénal interne, telles que l'exemplarité de la peine, l'effet de prévention générale de la loi pénale, le but de l'amendement et de la rééducation du condamné, n'ont plus ici le même contenu, ni la même signification.

Par conséquent - et ce sera là notre seconde constatation -, si bon nombre des prévenus et des condamnés, dont il va être question dans les pages qui suivent, répondent effectivement à l'image extrême du bourreau des camps de concentration, dépeint tout entier par l'horreur de ses crimes, comment ne pas voir que dans la majorité des cas, ces officiers, ces soldats, ces fonctionnaires étaient des hommes quelconques, ni plus ni moins monstrueux que la moyenne des êtres humains ? Ainsi, le phénomène de la criminalité de guerre, pour exceptionnel qu'il soit, n'est en aucune manière le fait d'une poignée d'individus sans scrupules et moins encore, l'apanage des ressortissants d'un seul pays. Pour être absolument honnête, il faut convenir que seul un concours de circonstances qui ne doit rien aux habituels facteurs criminogènes, a fait que les uns soient juges et les autres jugés. Sans aller jusqu'à penser que les lois de la guerre sont devenues si draconiennes que personne ne peut plus prendre par aux hostilités et ne pas commettre de crime, force est néanmoins d'admettre qu'aucun militaire, aucun fonctionnaire, participant à un conflit armé, n'est absolument sûr de ne pas avoir un jour de comptes à rendre à ce nouveau visage de la justice, qu'on semble avoir encore du mal à reconnaître.

Qu'on ne voie pas là cependant une quelconque tentative de trouver des excuses aux atrocités systématiques, froidement et minutieusement préméditées, dont l'Allemagne a porté et

gardera peut-être encore longtemps la marque. La présente étude n'entend prendre la défense de personne. Elle n'a pas plus à condamner qu'à justifier. Il importe seulement de relever d'emblée que le problème des crimes de guerre dépasse certainement le cas particulier des forfaits du IIIème Reich, si odieux soient-ils.

On ne saurait oublier, en revanche, - dernière remarque - de quel bouleversement la répression de ces crimes est l'épilogue judiciaire et de quelle somme effroyable de souffrances et de deuils ils ont été la cause.

Quatre ans d'occupation, 300.000 Français déportés en Allemagne dont 100.000 ne sont pas revenus, 100.000 autres mis à mort en France par les SS ou la police, tel était le bilan dont la Justice française allait avoir à se saisir, avec la mission, peut-être téméraire, non pas de venger des morts, mais de punir les coupables et d'acquitter les innocents.

Au lendemain de la Libération, les années qui ont vu naître les premiers textes et juger les premiers procès de crimes de guerre, dont on va tenter de faire l'analyse, ont été des années de révolution. La rigueur qu'on a pu mettre alors à condamner des adversaires vaincus, était toute proche de celle du combat qui venait à peine de cesser. Le duel judiciaire faisait immédiatement suite au duel de la guerre. On peut concevoir qu'il en ait gardé la marque. Cette justice, comme l'a dit un commissaire du gouvernement, a voulu être avant tout une justice "avec des dents". L'important était de frapper ; fort, et si possible, juste.

On connaît les excès des systèmes répressifs dont la colère est le principal moteur. Les lois et ordonnances promulguées en France n'en sont pas exemptes. Aussi bien, ne cherchera-t-on pas à les dissimuler. Mais on ne tentera pas non plus de les grandir, car il serait certainement injuste de ne voir dans cette justice que ses erreurs. Les textes dont elle est l'expression ont sans doute plus que des défauts. Ils sont néanmoins le résultat d'un effort, qu'avec le temps, il faut apprécier à sa juste valeur, de ne pas se contenter d'une répression sommaire, parente du règlement de compte. Le gouvernement provisoire d'Alger a fait là un choix dont on ne saurait sous-estimer la portée, quelles que soient les imperfections du texte adopté en 1944.

En dépit du caractère souvent politique dont ces procès se sont trouvés affectés, la présente étude s'attachera à faire abstraction des motifs d'opportunité qui ont pu dicter telle ou telle décision pour chercher à dégager de cet important mouvement législatif et jurisprudentiel ce qui peut être qualifié d'expression permanente de la justice.

CHAPITRE I : LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU CRIME

DE GUERRE.

L'article 1er de l'ordonnance française de 1944 prévoit à son alinéa 1 : "Sont poursuivis devant les tribunaux militaires français et jugés conformément aux lois françaises en vigueur et aux dispositions de la présente ordonnance, les nationaux ennemis ou agents non-français au service de l'administration ou des intérêts ennemis, coupables de crimes ou de délits commis depuis l'ouverture des hostilités, soit en France, ou dans un territoire relevant de l'autorité de la France, soit à l'encontre d'un national ou d'un protégé français, d'un militaire servant ou ayant servi sous le drapeau français, d'un apatride résidant sur le territoire français avant le 17 juin 1940 ou d'un réfugié sur un territoire français, soit au préjudice des biens de toutes les personnes physiques visées ci-dessus et de toutes les personnes morales françaises, lorsque ces infractions, même accomplies à l'occasion ou sous le prétexte de l'état de guerre, ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre" (1).

A la question de savoir ce qu'il faut entendre par crime de guerre, la loi française donne ici une réponse singulièrement complexe, dont on va s'attacher à faire l'analyse.

Le présent chapitre aura donc pour premier objet d'examiner le problème du droit applicable ou de la légalité du crime de guerre, étant donné la double référence qui est faite ici "aux lois françaises en vigueur" et aux "lois et coutumes de la guerre". On étudiera ensuite les conditions de temps, de lieu et de personnes auxquelles l'application de ce texte est subordonnée.

1) Voir annexe I, p. 52o.

I.- LE PROBLEME

Comme n'importe quelle infraction, le crime de guerre suppose l'existence d'une loi pénale qui prévoit et punit les faits envisagés (1).

Quelle est cette loi ? S'agit-il exclusivement du droit international, ou le droit interne doit-il également trouver une application dans le domaine des crimes de guerre ? Et dans cette seconde hypothèse, comment les Tribunaux résoudront-ils les cas d'espèce, étant donné les profondes différences de formation et de nature qui séparent le droit pénal interne du droit des gens ?

Le législateur français, on vient de le voir, a défini les crimes de guerre comme des infractions "aux lois pénales françaises en vigueur et aux dispositions de la présente ordonnance, ... non justifiées par les lois et coutumes de la guerre, "même si elles ont été accomplies "à l'occasion ou sous le prétexte de l'état de guerre". Il a donc fait du crime de guerre une infraction de droit commun, mais sans pouvoir l'assimiler toutefois point pour point à un crime ordinaire (2).

En effet, n'est évidemment pas poursuivi comme criminel de guerre tout allemand qui, au cours des hostilités, a donné la mort à un ressortissant français. L'ensemble d'actes de violence qu'on appelle la guerre constitue un état de fait dont la première conséquence juridique est d'assurer ici l'impunité aux membres des forces armées des Parties au conflit pour les actes qui, en temps de paix, auraient été des crimes ou des délits punissables selon le droit commun. Mais cette impunité dépend à son tour de la conformité de ces atteintes à la vie, à l'intégrité corporelle, ou aux biens avec les principes qui régissent la conduite de la guerre. Des militaires ennemis font-ils sauter un ouvrage d'art ou un phare pour dégager un angle de tir, retarder l'avance de l'adversaire ou l'empêcher d'opérer un débarquement ? La destruction volontaire d'édifice pour laquelle le Code pénal prévoit des peines sévères se trouve justifiée par les lois de la guerre et ses auteurs ne peuvent être châtiés. Ces mêmes soldats pénètrent-ils chez un habitant du pays occupé pour s'emparer de ses biens, hors de toute réquisition régulière ? Le

1) M. de Juglart, Répertoire, p. 237 ;

2) J.B. Herzog, op. cit. (Revue pénale suisse, 1945-6, p. 286).

droit international ne les couvre plus. Ils sont punissables en dépit de l'état d'hostilités qui règne entre les deux pays intéressés. Leur acte n'est pas justifié par le droit international.

Tel est l'essentiel de la doctrine de l'application du droit pénal aux faits de la guerre, soutenue par le Prof. Louis Renault lorsqu'il s'est agi de réprimer les crimes commis par les militaires allemands pendant la première guerre mondiale déjà et dont l'Ordonnance du 28 août 1944 est le très exact reflet.

Ainsi exprimée, cette théorie révèle avant tout le souci de maintenir autant que faire se peut la répression des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre dans les limites du droit pénal interne.

On observera cependant - et ce sera le propos des lignes qui vont suivre - que le phénomène de la guerre et l'existence des règles de droit auxquelles sa conduite est assujettie revêtent une importance déterminante. La prépondérance donnée par l'Ordonnance française à l'application du droit commun, c'est-à-dire du Code pénal de 1810 et du Code de Justice Militaire pour l'armée de terre de 1928, ne peut dissimuler la véritable nature du crime de guerre qui est un crime de droit des gens et non un crime de droit commun analogue à ceux dont se rendent coupables les membres de toute communauté humaine. Car si la sanction résulte bien du droit interne, si les interdictions formulées par les lois et coutumes de la guerre coïncident même parfois avec celles des codes pénaux, la question de savoir si l'acte poursuivi est ou non répréhensible dépend du droit international. Et si la qualification de crime de guerre résulte en apparence du droit interne, c'est encore dans la mesure où le droit pénal commun peut s'appliquer "cette mesure étant réglée par le droit international" (1).

L'élément international du crime de guerre va donc jouer en réalité un rôle beaucoup plus important que ne le prévoit l'ordonnance du 28 août 1944. Les hésitations qui se sont manifestées à ce propos dans la jurisprudence lors des premiers arrêts rendus en application du texte d'Alger sont particulièrement significatives (2).

-
- 1) J.C. Genton "Le Tribunal Militaire International" (RDPC., Mars 1948, p. 477, sp. 489 et s.) ;
 - 2) Trib. Mil. cass. Paris, 13-21-28.9.45 et 26.10.45 ; cf. aussi Trib. Mil. Lyon, 26.9.45 cités par Juglart, Répertoire, p. 246 ; Crim. R., 24.7.46 ; Wagner et autres, JCP. 1946, IV, p. 150 ; comp. Crim. 9.2.1922 ; S. 1922, I, 144 ; 8.1.47, B. C. 11 ; 3.7.47, B.C. 176 ; dans ce sens : Juglart, loc. cit. Patin, Chronique de procédure pénale militaire (RSCDPC., 1949, p. 359).

Dans le système français, le droit des gens est, par conséquent, l'élément injuste (1) du crime de guerre. Le présent paragraphe étudiera les conséquences du caractère ainsi attribué à l'élément international dans l'ordonnance de 1944, qu'il cherchera ensuite à situer par rapport aux divers systèmes adoptés à l'étranger.

II.- L'ELEMENT INTERNATIONAL DANS LE SYSTEME FRANCAIS

1.- Les principaux caractères du droit international.

Il ne saurait être question d'examiner ici, même superficiellement le problème des sources du droit international. Selon le tribunal militaire américain de Nuremberg "les sources généralement reconnues du droit international sont les suivantes:

- " 1) us et coutumes généralement acceptées par les nations civilisées ;
- 2) traités, conventions et autres formes d'accords interétatiques ;
- 3) décisions de tribunaux internationaux ;
- 4) décisions de tribunaux nationaux connaissant de questions internationales ;
- 5) opinions d'auteurs qualifiés ;
- 6) notes diplomatiques ". (2)

Il est douteux que la doctrine et les communications qu'échangent les chancelleries participent réellement à la formation du droit international positif. On se contentera néanmoins de cette formule, sans chercher à déterminer pour quelle part chacun des éléments qui la composent concourt à l'élaboration de règles internationales de caractère obligatoire.

En revanche, ainsi qu'on l'a déjà relevé plus haut (3), le droit international, et singulièrement le droit de la guerre, présente des particularités qu'il importe de relever, parce qu'elles en rendent l'application souvent malaisée, lorsqu'il s'agit de la responsabilité pénale de l'individu. L'expression de "lois et coutumes de la guerre" illustre déjà la principale d'entre elles : le droit de la guerre est, pour une part

-
- 1) M. de Juglart, Répertoire, p. 242 ;
 - 2) Tribunal militaire américain de Nuremberg, 19.2.48 ; List (affaire des otages)- Law Reports Vol. VIII, p. 49 (trad. fr. p.6) ; cf. aussi Daniel, op. cit. p. 70 et s. ; sur les sources du dr. de la guerre, v. P. Guggenheim, Traité, II, p. 305.
 - 3) cf. ci-dessus, p.49 ;

appréciable, un droit coutumier, c'est-à-dire changeant-puisque subordonné à la constatation des faits qui permettent d'en apprécier la force obligatoire -, et le plus souvent mal défini, étant donné l'imprécision des normes générales qui le régissent, telles les "lois de l'humanité", ou les "exigences de la conscience publique" (1). Cette instabilité l'oppose au droit interne, parvenu à maturité, cristallisé dans des règles précises, fixant aux individus des droits et des devoirs exactement déterminés. Sans doute, les conventions, accords, déclarations et autres éléments du droit international écrit ont-ils pour effet de codifier les principes du droit coutumier préexistant, auquel ils donnent ainsi une forme déterminée, sinon définitive. Mais les quelque quinze instruments de droit international qui forment la partie écrite du droit de la guerre ne constituent pas un code complet des lois qui régissent les conflits armés (2). Nombre de cas relèvent du droit coutumier voire même de simples usages qui sont évidemment matière à discussion. Il est significatif à ce propos que la question de savoir s'il était permis ou non de prendre et d'exécuter des otages n'ait été réglée conventionnellement que dans l'art. 34 de la Convention de Genève No IV de 1949 (3). De plus, le droit conventionnel lui-même se trouve parfois dépassé par le développement technique des moyens de combat moderne. Les procédés auxquels recourt actuellement l'aviation spécialisée dans les bombardements de destruction laissent évidemment très loin derrière eux le principe de l'art. 25 du Règlement de La Haye suivant lequel il est théoriquement interdit "d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus". Les belligérants n'ont jamais pu se mettre d'accord sur le sens qu'il convient de donner au terme de "localités non défendues". Quant aux principes énoncés dans les règles de La Haye de 1923, en vue de réglementer la guerre aérienne, ils sont restés à l'état de projet. Avec le domaine de la guerre sous-marine, on se trouve là en présence d'importants secteurs du droit international où il est impossible de savoir ce qui est permis et ce qui est défendu. En fait, seul l'exercice des représailles impose ici des limites dans le choix des moyens de nuire à l'ennemi. C'est dire qu'on se trouve encore en-deçà du droit.

-
- 1) Cf. Préambule de la Convention de La Haye No IV de 1907 ; comp. P. Guggenheim, *Les deux éléments de la coutume en droit international* (La technique et les principes du droit public - Etudes en l'honneur de G. Scelle, Paris, 1950, T.I., p. 275 ;) et P. Guggenheim, *Traité*, 1953, T.I., p. 584 ;
 - 2) Paoli "Contribution à l'étude des crimes de guerre" RGDIP, 1941-45, II, p. 129 ;
 - 3) C. Pilloud "La question des otages et les Conventions de Genève" extr. de la RICR. Juin 1950.

Mais le droit international, vu sous l'angle du droit pénal, est surtout inefficace parce qu'il est dépourvu de sanction.

Comme on l'a vu plus haut (1), les législations des divers Etats témoignent pourtant des efforts qui ont été faits pour imposer des règles à la conduite des hostilités. Les Instructions américaines de 1863, le Manuel allemand de 1902, pour ne citer que ces exemples, contiennent une série de principes qui sont destinés à indiquer aux membres des forces armées quelle conduite ils ont à tenir à l'égard de l'ennemi et des populations des pays occupés. Ces ordres généraux précédaient d'ailleurs les conventions issues des Conférences de La Haye de 1899 et 1907 et de Genève en 1864, 1906 et 1929.

Ces textes, auxquels on peut encore ajouter diverses Déclarations et Protocoles, formulent des principes de portée générale, qui s'expriment parfois sous forme d'interdictions précises. Ainsi, l'art. 23d RGT prévoit-il qu'un belligérant ne peut "déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier", et l'art. 49 RGT prohibe formellement le pillage. Cependant, "sous quelque forme qu'ils se présentent", remarque M. le Conseiller Pépy, "ces textes n'ont ni pour objet, ni pour effet de définir des infractions, d'en préciser les éléments caractéristiques, d'en déterminer les sanctions". (2)

En effet, ces dispositions ont été conçues pour régir la conduite des Etats, plus que celle des individus. Lorsqu'elles prévoient des sanctions comme c'est le cas de l'art. 3 de la Convention de La Haye No IV de 1907, il s'agit exclusivement d'indemnités pécuniaires que l'Etat coupable devra verser à l'Etat victime, à condition, bien entendu, que la fortune des armes n'y contredise pas.

Les interdictions que prévoit le droit de la guerre sont donc des "leges imperfectae" (3) et on conçoit que les législateurs des Puissances victorieuses aient été tout naturellement conduits à chercher dans le droit interne, les compléments indispensables à l'administration d'une justice répressive.

1) Cf. ci-dessus, p. 11 ;

2) Rapport Pépy sous Cass. crim. 21.4.50 ; Paarmann (D.J. 1950, 313) ;

3) Donnedieu de Vabres "Les leçons de l'histoire et le progrès du droit pénal international" (RSCDPC., 1951, p. 380).

2.- L'évolution du rôle attribué à l'élément international dans le système français.-

La conception classique de la société internationale qui a présidé à la conclusion de tous les traités qui ont précédé la deuxième guerre mondiale, explique le recours presque exclusif qui a été fait au droit pénal interne lorsqu'il s'est agi de châtier les auteurs de violations du droit international.

Les Etats sont alors les seuls sujets du droit international. Les lois et coutumes de la guerre n'obligent qu'eux seuls. Aussi, commence-t-on par transposer dans l'ordre juridique interne, c'est-à-dire dans le domaine du droit pénal, les violations des lois de la guerre qui doivent être réprimées.

L'élément international ne joue qu'un rôle accessoire, et au surplus négatif, puisque le caractère criminel de l'acte est subordonné à sa non-justification par les lois et coutumes de la guerre. En temps de guerre, le belligérant commet des actes qui sont ordinairement qualifiés crimes "Pour que l'impunité lui soit assurée, il faut qu'il se soumette aux lois de la guerre, déterminées par les traités et par les usages internationaux" (1). Le crime de guerre est constitué dans tous ses éléments lorsque le droit pénal interne est violé et que le droit international est muet, ou simplement discuté.

Cette prépondérance du droit commun se poursuit encore lors de la guerre de 1914-1918. "Nul de nous, déclarait René Garraud, n'a pu approuver la proposition Engerand tendant à établir un Code spécial et distinct prévoyant les qualifications, les peines, la compétence et la procédure applicable aux crimes commis en temps de guerre, par des officiers et soldats ennemis. On comprend immédiatement les inconvénients d'une législation d'exception en la matière, on n'en comprend pas les avantages. J'entends donc ne faire appel qu'au droit commun, au droit qui s'impose à tous et c'est celui-là seul dont il nous faut rechercher l'application" (2).

Le Traité de Versailles a introduit un caractère international plus accusé dans les dispositions concernant la responsabilité pénale des ressortissants des Puissances vaincues.

L'art. 227 concernant l'ex-Empereur Guillaume II contenait, tout d'abord, une accusation générale complètement nouvelle où il n'était fait aucune allusion aux droits internes.

-
- 1) Huguency, Traité, p. 401, No 336 (Cass. 15.12.1871, S. 1872, I, 44 ; 9.2.1922, S. 1922, I, 144) ;
 - 2) R. Garraud "Rapport à la Société des prisons sur l'application du droit pénal aux faits de la guerre", 19.1.1916 (Revue pénitentiaire, 1916, p. 21).

Le souverain allemand devait être cité devant un Tribunal spécial sous l'inculpation "d'offense suprême contre la morale et l'autorité sacrée des traités". Et les art. 228 à 230 reconnaissaient aux Puissances victorieuses le droit - que l'Allemagne était momentanément impuissante à leur contester - de traduire devant les Tribunaux "les personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre". Mais les sanctions applicables sont celles qui sont "prévues par les lois", c'est-à-dire par les codes pénaux internes et c'est, en fait, aux seuls droits nationaux qu'il a été fait recours tant pour les quelques procès jugés par les Tribunaux alliés que pour ceux de Leipzig.

Cependant, si discrète qu'elle ait été dans la réalité, cette influence du droit international sur la répression des crimes de guerre est déjà le reflet d'un changement de doctrine.

Il est admis désormais que l'individu peut être sujet de droit international. La base de la répression demeure le droit pénal commun et la doctrine de l'application du droit pénal aux faits de guerre ne fait intervenir le droit international que pour limiter l'effet justificatif de l'état de guerre (1). Cependant, les jugements rendus en 1918 n'impliquent pas moins la reconnaissance d'une responsabilité de l'individu au regard du droit international (2). On commence à admettre que l'individu est soumis à des ordres juridiques hiérarchisés dont le plus important est l'ordre international et que les règles relatives à la conduite de la guerre s'imposent non seulement aux Etats belligérants, mais aussi aux individus. Ces vues n'étaient sans doute pas nouvelles, mais leur mise en oeuvre effective dans le domaine de la responsabilité pénale doit être considérée comme relativement récente. L'Ordonnance de 1944 se présente comme la suite immédiate de cette évolution. Le droit pénal commun demeure le principal fondement des poursuites, comme l'indiquait déjà le Prof. Renault dont la doctrine a nettement inspiré le législateur d'Alger : "La plupart des faits de guerre, si on les considère en eux-mêmes et abstraction faite de l'intention qui y a présidé, contiennent tous les éléments de faits criminels : suivant les cas, ce seront des assassinats, des meurtres, des incendies, des destructions, des pillages, etc. Ce qui enlève le caractère criminel, c'est la conformité des actes violents auxquels je viens de faire allusion, avec le droit international (3). On ob-

1) Donnedieu de Vabres, op. cit. (RSCDPC., 1951, p. 384) ;

2) Malézieux "Le statut international des criminels de guerre" (RGDIP., 1941-45, II, p. 167) ;

3) L. Renault "De l'application du droit pénal aux faits de guerre", Clunet, 1915, p. 314 ; cf. aussi E. Garçon (Revue pénitentiaire et de droit pénal), 1915, p. 496).

servera que l'idée se trouvait déjà exprimée dans les divers Manuels Militaires en usage dans les armées des principales Puissances, comme les Instructions américaines de 1863, le Manuel Militaire allemand de 1902, la Loi française du 24.7.1913 (1) et, d'autre part, dans le Manuel d'Oxford de 1880 (art. 84) et le Traité de Versailles (art. 228-230) (2).

Les déclarations alliées qui ont été faites pendant la guerre afin de mettre en garde les militaires ennemis contre les châtiments qui les attendaient pouvaient déjà faire penser qu'à l'échelon national, le droit pénal interne aurait très généralement la première place. Ainsi, la Déclaration de Moscou du 30 octobre 1943, prévoyait-elle le renvoi des militaires allemands dans les pays "où leurs actes abominables auront été commis, pour y être jugés et punis suivant les lois des pays libérés et des gouvernements libres qui y seront institués" (3). M. de Menthon s'est d'ailleurs exprimé dans des termes analogues lorsqu'il s'est adressé, le 17 juillet 1944, aux Commissions des Affaires Etrangères, de l'Intérieur et de la Législation de l'Assemblée consultative : "Un crime de guerre, affirmait-il, est un crime de droit commun qui tombera sous le coup des lois pénales françaises" (4).

Cependant, même si le droit international joue dans le texte français le rôle d'un élément justificatif et non celui d'un élément légal du crime de guerre, le fait qu'il y soit expressément visé indique bien que la responsabilité criminelle de l'inculpé ne peut être appréciée en définitive qu'au regard du droit des gens. L'Ordonnance de 1944 fait, par conséquent, de l'individu un sujet du droit international, bien que le crime de guerre soit, dans le système français, avant tout un crime de droit commun.

Pourquoi a-t-on jugé nécessaire en 1944 de préciser la compétence des Tribunaux Militaires en matière de crimes de guerre puisque les mêmes juridictions s'étaient déjà saisies de faits semblables en 1871 et en 1918, sur la seule base du droit commun et sans le secours d'aucune loi d'exception ?

Les auteurs de l'Ordonnance d'Alger ont probablement pensé que l'ampleur des crimes nazis justifiait des mesures exceptionnelles destinées à compléter l'arsenal législatif existant. En effet, à l'exception de quelques cas (5), les procès qui avaient eu lieu après la première guerre mondiale n'avaient pas affecté des cas aussi nombreux, ni aussi graves. Il est apparu également que la criminalité de guerre avait pris des formes nou-

-
- 1) Manuel sur les lois de la guerre continentale, Jacomet ;
 - 2) Rapport Pépy sous Cass. crim. 21.4.50 ; Paarmann D.J. 1950, 313 ;
 - 3) cf. ci-dessus, p. 24 ; Juglart, Répertoire, p. 238 ;
 - 4) Juglart, ibid., p. 238 ;
 - 5) cf. Garraud, op. cit. (Revue pénitentiaire, 1916, p. 28).

velles, notamment dans les crimes de masse et dans la guerre économique. La répression a donc paru commander l'intervention du législateur en vue de permettre l'adaptation de la pratique qui avait été suivie précédemment à des besoins à la fois différents et plus vastes.

Mais, si le texte français et la plus grande partie des lois européennes en matière de crimes de guerre demeurent étroitement liés au droit commun, c'est en réalité dans le Statut du Tribunal Militaire International que la doctrine suivant laquelle le droit international impose des obligations aux individus, a été poussée jusque dans ses dernières conséquences.

L'idée d'un Code spécial qui formait l'essentiel de la proposition Engerand rejetée en 1917 n'est pas encore réalisée, mais le jugement des "grands criminels de guerre" par le Tribunal de Nuremberg n'en constitue pas moins, avec tous les défauts inhérents à un procès entrepris dans de telles conditions, une application directe du droit international à la répression des crimes de guerre. Une série de lois nationales, notamment la Loi No 10 du Conseil de contrôle allié pour l'Allemagne, et les décrets britanniques et américains, s'inspirent très directement de la solution consacrée par le Statut de Londres.

La souplesse des institutions anglo-saxonnes a certainement été pour une grande part dans ce qu'on peut considérer comme l'avant-garde de cette évolution.

3.- La renonciation au critère des lois et coutumes de la guerre.-

L'Ordonnance du 28 août 1944 était destinée à préciser les données du problème de la répression des crimes de guerre et à fournir aux Tribunaux les moyens qui pouvaient leur manquer en vue de la résoudre.

Selon M. Paoli, le législateur d'Alger n'aurait pas atteint son but. Toutes les définitions du crime de guerre qui se réfèrent d'une manière ou d'une autre au droit international (violations des lois et coutumes de la guerre ou délits de droit commun non justifié par les lois et coutumes de la guerre) sont des "solutions législatives commodes qui renvoient à la jurisprudence le soin de rechercher s'il existe, dans chaque cas donné, une règle internationale violée ou si aucune norme de cette nature ne justifie le fait incriminé".

"Comment veut-on", poursuit M. Paoli, "que des juges nationaux, et surtout en France des juges militaires, puissent apprécier l'existence d'une coutume internationale"?

Ainsi, on n'aurait fait que déplacer la difficulté sans la résoudre. L'Ordonnance de 1944 a bien tenté de montrer aux juges la voie à suivre en dressant à l'art. 2 une liste de dispositions du Code pénal et du Code de Justice Militaire dont elle étend le champ d'application à divers faits de guerre grâce

à un raisonnement analogique dont le principe est, d'ailleurs, discutable. Cependant, en dépit des précisions qu'on a cherché à apporter de cette manière, ces dispositions interprétatives ne peuvent évidemment substituer le législateur au juge pour la solution des cas d'espèce. La nature particulière du droit international placera donc fréquemment les Tribunaux devant des problèmes singulièrement complexes, notamment lorsqu'il s'agira d'apprécier l'existence d'une règle coutumière ou d'un simple usage sans force obligatoire.

Ces critiques ne sont pas sans fondement.

Si la guerre de 1939-1945 n'a pas été pour eux la première occasion de juger des faits de guerre imputables aux ressortissants du camp adverse, les Tribunaux Militaires paraissent cependant avoir été davantage préoccupés par des questions ressortissant à l'application du Code pénal ou du Code de Justice Militaire, notamment dans le domaine de la qualification, que par des problèmes de droit international qui leur étaient sans doute peu familiers. Ils ont très généralement adopté les interprétations qui leur étaient suggérées par le représentant de l'Accusation, même lorsqu'elles pouvaient sembler porter sur des principes conventionnels ou coutumiers sujets à discussion. Et pourtant, le droit international écrit lui-même, qu'on pourrait supposer plus facile à identifier que le droit coutumier, présente souvent des ambiguïtés et des équivoques qui sont les résultats des compromis auxquels il a fallu se résoudre pour réaliser un accord entre les Parties contractantes. En sorte que les plus hautes instances judiciaires ont pris l'habitude de s'en rapporter à l'interprétation officielle du gouvernement. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle jugé que : "Les tribunaux judiciaires sont compétents pour interpréter un traité international quand il s'agit du règlement d'intérêts privés. Lorsque des intérêts publics sont en jeu, il appartient au gouvernement de donner cette interprétation. (Niboyet, Traité de droit international privé français, Tome I, No 34 ; Battifol, Traité élémentaire de droit international privé, No 38 ; Lerebours-Pigeonnière, Précis de droit international privé, No 40 ; Crim. 15.12.28, D.P., 1932, I, 113 (1ère espèce) ; 28.2.30, ibid. (6ème espèce)" (1). Cette décision est, d'ailleurs, la confirmation d'une jurisprudence constante qui s'est exprimée notamment dans une affaire de crimes de guerre où la Cour de cassation avait estimé, contrairement, semble-t-il, à la juridiction militaire, que "la destruction en France sur l'ordre d'un officier de marine allemand d'un phare, installation propre à être utilisée pour des besoins militaires, ne rentre pas dans le cadre de la prohibition de l'art.

1) Cass. Ch. réunies, 27.4.50 ; consorts Friedmann, D.J. 1950, p. 379 ; JCP. 1950, IV, 93.

ler de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 concernant le bombardement par des forces navales en temps de guerre". La Cour avait justifié cette manière de voir en précisant que : "Les traités et conventions diplomatiques ne peuvent être interprétés que par les Puissances contractantes. Mais les tribunaux peuvent les appliquer si leur sens et leur portée ne sont pas ambigus" (1). Il n'y avait donc pas lieu à interprétation dans le cas particulier. En revanche, c'est sur la base d'une interprétation officielle fournie par le gouvernement que la Cour de cassation a déclaré applicable aux prisonniers de guerre poursuivis pour crimes de guerre, l'art. 63 de la Convention de Genève du 27 juillet 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre qui impose à la Puissance détentricice l'obligation de faire juger les prisonniers de guerre par les mêmes tribunaux et suivant la même procédure que les militaires appartenant à ses propres forces armées (2).

De telles demandes d'interprétation officielle ne paraissent pas avoir été fréquentes.

Sans doute, l'horreur de certains actes pouvait-elle tenir lieu d'élément injuste dans des faits de sévices, de déportation pour le travail forcé, de mise à mort dans les camps de concentration. On conçoit qu'en pareil cas il n'ait pas fallu de longues recherches pour découvrir ce que les agissements des inculpés avaient de répréhensible. Aussi bien, s'agissait-il précisément de crimes de droit commun qui n'avaient qu'un rapport occasionnel avec les hostilités, puisque des ressortissants allemands eux-mêmes en avaient été les victimes et cela, bien avant le début des hostilités. On se trouve ici à la limite du crime de guerre et du crime contre l'humanité tel que le Statut de Londres (art. 6c) l'a défini (3). Là, le droit pénal commun a normalement une place prépondérante.

Il n'en va pas de même lorsque les faits poursuivis sont survenus au cours des hostilités et que la guerre n'a pas été seulement l'occasion, mais bien la cause immédiate qui les ont déterminés.

On peut se permettre de penser que la question de savoir, par exemple, si la mise à mort d'otages ou de prisonniers par représailles était ou non en contradiction avec le droit de guerre tel qu'il existait en 1939 devait requérir un surcroît d'attention, d'autant plus qu'on se trouvait là dans un des cas non

- 1) Crim. C., 29.12.48 ; Grosse-Brauckmann (JCP.1949, IV, 21 ; Gaz. Pal. 1949, I, 132) ; dans le même sens : Crim., R.29.7.48 ; Commissaire du gouvernement du Trib. Milit. de Strasbourg (JCP. 1948, IV, 137 et D. 1949, 193, Rieger) ;
- 2) Cass. Ch. réunies, 26.7.50 ; Comm. gouv. tribunal militaire de Marseille, Hans et Schwartz (JCP. 1950, II, 5808 et IV, 145 ;
- 3) Procès, Tome I, p. 12-13.

prévus par la Convention de La Haye No IV de 1907. Si l'on songe que la plupart des règlements militaires nationaux admettaient la prise d'otages en vue d'assurer la sécurité des troupes d'occupation, on ne peut manquer d'être surpris par la pratique exactement inverse adoptée par les Tribunaux Militaires d'après-guerre. Les juges militaires se sont ainsi montrés affirmatifs sur des points de droit international dont le moins qu'on puisse dire est qu'ils prêtaient au début de la 2ème guerre mondiale à de sérieuses discussions.

Les souffrances endurées sous l'occupation allemande, l'absence complète de toute garantie judiciaire pour les civils français mis à mort par le IIIème Reich, en un mot, le profond ressentiment engendré par une guerre impitoyable ont emporté la conviction des juges lorsque le droit de la guerre ne permettait pas de fournir une base indubitable à l'accusation. Les limites de la justice rendue par les Puissances victorieuses trouvent certainement là leur explication, mais non leur justification.

En présence de ces difficultés, le remède proposé par M. Paoli ne semble pas apporter de modification sensible aux données du problème. Il suggère d'écarter la référence aux lois et coutumes de la guerre, qu'il juge être une source de difficultés et de confusion. Pour lui, le véritable critère de distinction du crime de guerre réside dans "l'atteinte portée à un minimum d'ordre juridique interne considéré comme intangible dans l'accord exprès des Etats ou dans la coutume internationale".

Il montre qu'en temps de guerre, certains droits élémentaires comme la vie, la liberté, la propriété, les convictions, etc. subissent des limitations, voire même une éclipse qui prennent fin dès le retour aux conditions normales. Il subsiste toujours un minimum intangible "d'ordre juridique reconnu internationalement" et au-dessous duquel nul ne peut descendre, pas plus en temps de guerre qu'en temps de paix. La sanction du crime de guerre, estime M. Paoli, existe donc toujours dans le minimum d'ordre juridique interne, auquel l'état de guerre n'apporterait aucune novation. Le minimum d'ordre juridique interne équivaut d'ailleurs au "minimum de droit des gens local". L'art. 6 du Statut de Londres dégage ainsi les atteintes à ces droits reconnus essentiels. De son côté, l'Ordonnance du 28 août 1944, qui fait du crime de guerre avant tout la violation de l'ordre juridique interne assure le droit élémentaire du citoyen français à la protection (1).

- 1) Paoli "Contribution à l'étude des crimes de guerre" (RGDIP. 1941-45, p. 129) ; comp. J.B. Herzog "Contribution à l'étude de la définition des crimes contre l'humanité" (RIDP., 1947, 166) ; comp. art. 3 commun aux 4 Conventions de Genève de 1949 ;

On voit mal en quoi le critère proposé par M. Paoli permet de résoudre plus facilement le problème de la répression des crimes de guerre.

S'il parvenait à faire complètement abstraction du droit international en laissant les juges appliquer exclusivement le droit commun, on pourrait concevoir que les difficultés d'interprétation auraient sensiblement diminué.

Mais il est bien évident que le phénomène de la guerre ne peut jamais être absent dans la définition du crime de guerre, c'est-à-dire du crime "dans la guerre". Au reste, le critère du minimum d'ordre juridique "reconnu internationalement", est subordonné, M. Paoli l'indique lui-même, à l'accord des Etats ou à la coutume internationale, c'est-à-dire au droit international. Il semble donc difficile de méconnaître l'existence d'un ordre juridique international qui trouve son fondement, non seulement dans les rapports entre Etats, mais aussi dans ceux qui existent entre les individus relevant d'Etats différents. On ne saurait se borner à juxtaposer des ordres juridiques internes qui se trouvent eux-mêmes compris dans une société plus vaste, à laquelle ils sont évidemment subordonnés. Le développement des relations internationales et la primauté que la plupart des Puissances ont reconnue dans leurs Constitutions au droit international sur le droit interne, ne permettent pas de nier cette hiérarchie des ordres juridiques (1).

Par définition, le droit international domine le problème sinon de la sanction, du moins du caractère criminel des faits de guerre. Si l'application de peines implique au stade actuel de l'évolution, le recours quasi-obligé aux droits internes, c'est cependant bien à partir du droit international qu'il faudra résoudre chaque cas d'espèce. Sous ce rapport, les incriminations du droit interne revêtent certainement un caractère complémentaire.

4.- Le droit de la guerre et l'état de guerre.-

Si l'on s'en tient à la définition que donne l'article 1er de l'ordonnance française du 28 août 1944, le crime de guerre est un crime de droit commun non justifié par les lois et coutumes de la guerre. Ainsi, l'homicide volontaire est qualifié de meurtre par le code pénal, mais le fait de tuer un ennemi qui se rend ou d'achever un blessé sur le champ de bataille ne trouve pas de justification dans le droit de la guerre : c'est un crime de guerre.

1) Constitution française de 1946, art. 26-28 ; Loi fondamentale de l'Allemagne occidentale (Grundgesetz) art. 25.

On voit par là, mis à part les autres conditions d'application de la loi française qui touchent à la qualité de l'auteur, à celle de la victime, et au lieu de commission de l'acte poursuivi, que la qualification de crime de guerre dépend encore d'un autre élément qui n'est pas contenu dans le principe de la non-justification par le droit international. Quelle est cette circonstance supplémentaire qui donne son caractère distinctif au crime de guerre ?

A cette question essentielle, il faut reconnaître que l'art. 1^{er} de l'ordonnance de 1944 ne donne pas de réponse satisfaisante. Suffit-il que l'état de guerre existe ? Faut-il que l'auteur et la victime soient de nationalités différentes ? L'acte doit-il avoir un lien nécessaire avec les hostilités et, dans ce cas, lequel ? Autant de problèmes qui demeurent ici sans solution.

L'art. 1^{er} se borne, outre les conditions de temps, de lieu et de personnes déjà mentionnées, à déclarer punissables les actes contraires à la loi française "... lorsque ces infractions même accomplies à l'occasion ou sous le prétexte de l'état de guerre, ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre" (1). Ce qui signifie, en premier lieu, que, si les lois de la guerre sont muettes ou même seulement incertaines, l'infraction est constituée dans tous ses éléments lorsqu'elle ne viole que le seul droit français et, en second lieu, que son auteur ne saurait trouver de justification générale ou d'excuse d'aucune sorte à son acte dans l'existence de l'état de guerre. Le fait que la guerre ait éclaté n'influe nullement sur la qualification de crime de guerre au sens de l'ordonnance du 28 août 1944. Il faut, mais il suffit, selon son art. 1^{er}, que l'infraction à la loi française ne trouve aucune justification dans les lois et coutumes qui régissent la conduite des hostilités. A s'en tenir à la lettre de l'art. 1^{er}, l'incidente formée par les mots "... même accomplies à l'occasion ou sous le prétexte de l'état de guerre", permet aux tribunaux militaires de punir des infractions à la loi française qui n'ont aucun rapport avec les hostilités.

On voit aussitôt à quelles absurdités pourrait conduire une application littérale de la définition française du crime de guerre. Les lois et coutumes de la guerre étant un fait justificatif au même titre que la légitime défense ou le commandement légal de l'autorité légitime (2), rien ne s'opposerait, par exemple,

1) Cf. ci-dessus, p. 53 ;

2) Dans ce sens : Juglart, Répertoire, p. 245-7 ; J.B. Herzóg (RIDP. 1947, 166) ; Patin, Chronique (RSCDPC., 1949, 359) ; et Crim. R. 24.7.46 ; Wagner et autres, JCP. 1946, IV, p. 150 ; Crim. 8.1.47 (B. 11) ; 3.7.47 (B. 176) ; contra : note P.E.C. sous Trib. Mil. Cass. Paris, 13.9.45 (JCP. 1945, II, 2880).

à ce que le meurtre d'un allemand par un autre allemand, commis en France après 1939 soit qualifié crime de guerre. De même, les juridictions françaises pourraient théoriquement se saisir de n'importe quel délit militaire commis par un membre des troupes d'occupation allemandes comme, par exemple, le refus d'obéissance, fait prévu par le Code de Justice militaire français. L'art. 1er ne mettant aucune condition touchant à la qualité des victimes pour la poursuite des crimes de guerre commis sur le territoire français, de telles hypothèses sont donc absolument conformes aux termes de l'ordonnance d'Alger.

Il est clair que ces difficultés ne se produiraient pas si, au lieu de jouer le rôle d'un fait justificatif, le droit international était considéré comme une partie de l'élément légal, au même titre que la loi interne française. Dans ce cas, pour être qualifiés crimes de guerre, les infractions à la loi française devraient également constituer des violations des lois et coutumes de la guerre. Elles devraient, par conséquent, se trouver en relation étroite avec l'état de guerre, contrairement à ce que paraît laisser entendre l'ordonnance du 28 août 1944.

La solution du problème posé par la technique législative adoptée dans l'art. 1er est en définitive laissée à l'appréciation des tribunaux militaires qui sont, par conséquent, entièrement libres de se borner à juger les faits de guerre qui leur paraissent effectivement contraires au droit des gens ou d'étendre au contraire leur compétence à des actes qui n'ont qu'un rapport complètement fortuit avec l'état de guerre et ne heurtent aucune règle du droit de la guerre.

L'ordonnance du 9 novembre 1944 sur la compétence des juridictions françaises semble pencher pour l'interprétation extensive. Elle maintient en effet la compétence territoriale pour "toutes les infractions commises sur le territoire français occupé ou contrôlé par les armées ennemies, quelle que soit la nationalité des auteurs et des victimes et ce, quand bien même ils auraient été jugés définitivement par les tribunaux allemands ou italiens et, en cas de condamnation, auraient subi ou prescrit leur peine ou obtenu leur grâce" (art. 1er). Dans ces conditions, il faudrait admettre que la seule qualité de national non-français suffit à donner à l'infraction dont il est l'auteur le caractère de crime de guerre, quelle que soit au surplus la nature de l'acte poursuivi. La loi n'exige, en effet, aucun lien direct entre cet acte et l'état de guerre.

La pratique suivie par les tribunaux français paraît heureusement avoir suppléé à cette lacune, ou si l'on préfère, à cette imprécision de l'ordonnance du 28 août 1944.

En ce qui regarde les crimes commis pendant les hostilités, les cas-limites de cette nature paraissent avoir été rares. Dans ceux qui nous sont connus, les juges militaires ont nettement opiné pour une interprétation restrictive de l'art. 1er

al.1 in fine, faisant ainsi du rapport de l'infraction avec l'état de guerre un élément essentiel de la qualification de crime de guerre. C'est ainsi que le juge d'instruction du tribunal militaire de Metz s'est déclaré incompétent pour connaître du meurtre commis en France en 1944 par un ressortissant allemand sur un sujet belge, tous deux employés à l'organisation Todt. Il s'agissait pourtant d'une infraction non justifiée par les lois et coutumes de la guerre, commise en France et depuis l'ouverture des hostilités par un national ennemi. L'affaire a été finalement renvoyée devant une juridiction civile. Le crime n'avait aucun lien avec l'état de guerre.(1) De même, n'a pas été poursuivi comme crime de guerre le meurtre d'un prisonnier de guerre allemand par plusieurs de ses camarades de captivité survenu en 1943 dans un territoire relevant de l'autorité de la France (2).

En ce qui regarde les crimes et délits commis par des nationaux allemands en France après l'armistice de 1945, ils n'ont pas non plus été poursuivis sous la qualification de crimes de guerre, en dépit de l'absence de justification dans les lois et coutumes de la guerre. Pourtant, les termes de l'ordonnance du 28 août 1944 sont tels que les tribunaux français auraient théoriquement été habilités à poursuivre de ce chef toutes les infractions commises par les très nombreux prisonniers de guerre allemands pendant leur captivité de guerre qui s'est prolongée pour certains d'entre eux jusqu'en 1948. Le meurtre d'une sentinelle, le vol de moyens de transport, de vivres et de vêtements, tous les délits connexes à l'évasion pouvaient être qualifiés de crimes de guerre, car le droit international n'autorise nulle part les prisonniers à les commettre. On pouvait même dire par extension que de telles infractions avaient été commises à l'occasion de la guerre, la captivité étant la conséquence directe des hostilités. Le raisonnement serait d'ailleurs encore valable dans le cas des prisonniers de guerre allemands transformés en travailleurs civils (3), comme dans celui de tous les nationaux allemands résidant à un titre quelconque sur le territoire français, tant qu'un traité de paix ou un accord analogue ne met pas fin officiellement à l'état de guerre entre les deux pays.

Mais il ne s'agit là que d'une pratique générale, sujette à modification, qui n'éclaire nullement sur le sens exact que les auteurs de l'ordonnance du 28 août 1944 ont voulu donner

1) Cour d'Assises d'Amiens, 25.4.51 ; Weldert ;

2) Cf. Tribunal Militaire de Tunis, 21.1.46 ; Keller et autres ; comp. P. Guggenheim, Traité, II, p. 449, n. 3 ;

3) Cf. Rapport du Comité International de la Croix-Rouge sur son activité pendant la seconde guerre mondiale (1939-1947), T. I, p. 573.

sous ce rapport à la définition de l'art. 1er.

La loi luxembourgeoise du 2 août 1947 n'apporte pas de véritable lumière à ce sujet. Elle précise néanmoins que les crimes ou délits tombant sous la compétence des tribunaux luxembourgeois peuvent être poursuivis par une Cour des crimes de guerre "lorsque ces infractions ont été accomplies à l'occasion ou sous le prétexte de l'état de guerre et qu'elles ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre" (1). Contrairement à l'ordonnance française, la loi du Grand-Duché exige que l'acte poursuivi ait un lien avec l'état de guerre proprement dit.

Daniel propose pour sa part de considérer que le crime de guerre doit, pour être reconnu tel, avoir été commis "sur un plan international", par où il entend que "seuls sont des crimes de guerre les actes commis par les nationaux d'un belligérant sur des ressortissants ennemis" (2). Ni l'ordonnance française, ni la loi luxembourgeoise ne paraissent souscrire à ce critère, car, dans les deux cas, les infractions commises sur le territoire national peuvent être poursuivies comme crimes de guerre, quelle que soit la nationalité des victimes.

Les deux textes où le droit international figure comme élément justificatif ont heureusement laissé un pouvoir d'appréciation suffisamment grand aux tribunaux pour que les inconvénients signalés ne se soient apparemment pas manifestés. La répression des crimes de guerre n'est de cette manière pas sortie de son cadre spécifique, dont, par définition, les limites doivent coïncider avec celles de la guerre.

Mais si le bon sens des juges a pu suppléer aux défauts de la loi, il n'en reste pas moins que le souci d'étendre le champ d'application des poursuites, afin de ne laisser échapper aucun coupable, a fait adopter ici une technique législative peu satisfaisante. Si la notion de violation des lois et coutumes de la guerre paraît résumer le caractère international du crime de guerre, c'est-à-dire le lien qu'il doit avoir nécessairement avec la conduite des hostilités ou l'état de guerre et le fait que l'auteur doit appartenir à l'un des camps en présence et la victime à l'autre, il n'en va pas de même lorsque le crime de guerre est seulement défini comme une infraction de droit commun non justifiée par les lois et coutumes de la guerre.

Dans ce dernier cas, on doit se borner à procéder par élimination en relevant que le crime de guerre ne doit se confondre ni avec un crime de droit commun ordinaire, en dépit du rôle quasi-subsidiaire joué par la non-justification par

1) Mémorial du Grand-Duché, No 38, 11.8.47 ; G. Lämmert, op.cit. p. 99 ; Cour luxembourgeoise des crimes de guerre, arrêt No 36/49, 20.6.49 ; Preusser et Hormes ;

2) Cf. Daniel, op. cit. p. 67.

le droit de la guerre , ni avec le crime de trahison ou de collaboration dont seul un national du pays poursuivant peut être l'auteur, ni avec le crime contre l'humanité défini par l'art. 6c du Statut de Londres, lequel précise qu'il peut avoir été commis "avant ou pendant la guerre" (1).

III.- LES DROITS ETRANGERS

Le problème qui consistait à donner une sanction pénale interne aux règles du droit de la guerre a reçu des solutions diverses qu'on peut sommairement ranger en quatre catégories suivant la place qu'elles donnent au droit international (2).

La grande souplesse des institutions juridiques anglo-saxonnes a permis d'accorder aux lois et coutumes de la guerre un rôle prépondérant dans la répression des crimes de guerre. Il n'est donc pas étonnant qu'on retrouve dans les textes britanniques et américains l'influence de la technique juridique qui avait présidé entre autres aux définitions du Statut du tribunal militaire international. La formule générale qui présente simplement le crime de guerre comme une violation des lois et coutumes de la guerre n'est donc assortie le plus souvent d'aucune référence au droit pénal interne. L'élément légal du crime doit être recherché dans le droit international. La loi fournit au juge une échelle de peines sur laquelle il est libre de faire son choix sans être lié généralement ni par le genre, ni par le montant d'une sanction spécialement prévue pour un crime ou un délit déterminés, comme ce serait le cas, par exemple, en droit français,

L'ordonnance française de 1944 et la loi luxembourgeoise représentant le système exactement opposé. L'élément légal du crime de guerre réside avant tout dans le droit interne. Le crime est constitué dans tous ses éléments lorsqu'il ne viole que le droit interne et lorsque le droit international, fréquemment muet ou incertain, ne fournit pas d'élément justificatif.

Les lois du troisième groupe sont en quelque sorte des variantes de celles des deux précédents. En effet, les tex-

1) Cf. J. Graven, Principes d'un code répressif des crimes contre la paix (RDISDP., 1950, 173) ; A. Boissarie, Rapport sur la définition du crime contre l'humanité (RIDP., 1947, 201) ; J.B. Herzog, Contribution à l'étude d'une définition du crime contre l'humanité (RIDP., 1947, 155) ; Paoli, op. cit. (RGDIP. 1941-45, II, 129) ;

2) Comp. P. Boissier, Les petits criminels de guerre (RIDP., 1948, p. 293).

tes belge et norvégien font une plus large part au droit international que les lois française et luxembourgeoise. Ici, le crime de guerre est une double violation du droit interne et du droit international. Il faut donc que les juges recherchent si l'infraction au code pénal interne viole en même temps une règle conventionnelle ou coutumière du droit de la guerre. Dans le silence du droit international, ils doivent acquitter.

Enfin, on a réuni, dans un quatrième groupe, les textes qui réalisent des solutions de compromis entre le système anglo-saxon et le système belge.

1.- Le crime de droit international.-

Les lois et décrets anglo-saxons définissent le crime de guerre comme une violation des lois et coutumes de la guerre, en l'accompagnant parfois d'une liste plus ou moins complète d'infractions-types, à titre d'exemples des possibilités de répression ouvertes aux juges.

Le principe de la primauté du droit international sur le droit interne et de la responsabilité pénale internationale qui en découle pour l'individu ont été poussés ici jusque dans leurs dernières conséquences. On considère que les interdictions figurant dans les lois internationales écrites comme les Conventions de La Haye ou de Genève et dans les règles coutumières s'imposent immédiatement aux membres de toutes les forces armées et, par conséquent, aussi à celles de l'ennemi. Il appartient aux tribunaux d'apprécier dans chaque cas l'existence et la force obligatoire des règles du droit conventionnel ou coutumier invoquées par l'Accusation.

Le droit commun n'est invoqué théoriquement ni pour fournir des définitions valables en droit interne de crimes ou de délits assimilables aux violations du droit international, ni pour permettre la détermination de la peine applicable à un fait ou ensemble de faits voisins par leur nature d'une infraction à la loi interne.

Pratiquement, les Manuels militaires contenant les règles du droit des gens qui doivent être observées par l'armée de l'Etat poursuivant en temps de guerre, servent, il est vrai, de guides aux juges, mais ce ne sont là que des paraphrases internes du droit international. Sans avoir la valeur de traités internationaux, ni même prétendre constituer une véritable source du droit des gens, ces Règlements Militaires sont pourtant des termes de comparaison utiles.

Avec les prescriptions du droit pénal interne prohibant certains genres de peines cruelles ou exceptionnelles, c'est là cependant la seule incidence de la loi nationale de l'Etat poursuivant sur la mise en œuvre du droit international.

L'exemple-type des législations de cette première

catégorie est celui de la Loi No 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne du 20 décembre 1945 (1).

L'art. II, 1, b, définit les crimes de guerre comme des "atrocités ou délits commis contre des personnes ou des biens, qui constituent des infractions aux lois ou aux coutumes de la guerre, y compris, sans que cette énumération ait un caractère limitatif, l'assassinat, les sévices ou la déportation aux fins de travail forcé ou pour toutes autres fins, à l'égard de la population civile d'un territoire occupé, les mauvais traitements infligés, soit à des prisonniers de guerre, soit au personnel embarqué, ou leur meurtre, l'assassinat d'otages, le pillage de biens publics ou privés, la destruction sans raison de villes ou villages ou les dévastations que ne justifient pas les nécessités militaires". A quelques variantes près, la formule s'identifie presque point pour point avec celle de l'art. 6b du Statut du Tribunal Militaire International. La mesure de la peine est laissée à l'entière discrétion du juge. L'art. II, 3 de la Loi No 10, indique, il est vrai, mais à titre d'exemple seulement, les diverses formes que le châtiment pourra prendre et qui vont de la peine de mort à celle de "la privation de certains ou de tous les droits civiques", le Tribunal étant libre de les cumuler et de les appliquer comme bon lui semble à n'importe quelle infraction. L'art. II, 5, précise que l'accusé n'aura pas le droit d'invoquer le bénéfice d'une prescription accomplie durant la période du 30 janvier 1933 au 1er juillet 1945. De même, ajoute-t-on, "il ne sera pas admis que fasse obstacle, tant au procès qu'à la peine, une immunité, grâce ou amnistie accordée sous le régime nazi". La loi nationale est donc purement et simplement écartée.

Les autorités commandant chacune des zones d'occupation d'Allemagne ont pris, d'autre part, les dispositions nécessaires pour l'application de la loi No 10 dans les territoires se trouvant sous leurs juridictions respectives. (2)

-
- 1) J.O. du Conseil de contrôle en Allemagne, No 3, 31.1.46, p. 50-55 ; cf. aussi G. Lümmert "Les procès intentés à l'étranger contre des ressortissants allemands pour "crime de guerre", Hamburg, 1949. Annexe 3, p. 83 ; H. Kraus, Kontrollratsgesetz No 10, Hamburg, 1948 ;
 - 2) Pour la zone française : voir Juglart, Répertoire, op. cit. p. 85 et 218 et s. ; Law Reports, Vol. III, p. 100-102 ; Kirschen, le jugement des crimes de guerre au tribunal général de Rastatt (Journal des tribunaux-belge-, 1948, p. 293 ; jugement Hermann Roechling, Rastatt, 30.6.48 (Documentation française, No 976/1948) ; pour la zone américaine : Law Reports, Vol. XV, p. 36 ; J. Boumal, les jugements du tribunal militaire américain de Nuremberg (RDPC., Juillet 1950) ; cf. aussi RDPC., Mai et Juin 1950 ; pour la zone britannique : Law Reports, Vol. XV, p. 38.

Ce système s'inspire plus ou moins directement de la liste de violations du droit de la guerre établie par la Commission des responsabilités de 1919, d'une part, et de l'art. 6b du Statut du tribunal militaire international, d'autre part. A des degrés divers, on retrouve dans les textes qui appartiennent à ce premier groupe l'influence des méthodes appliquées à la Conférence de la paix qui a suivi la première guerre mondiale et dans l'Accord réalisé le 8 août 1945 à Londres entre les Puissances victorieuses à l'issue du conflit de 1939-1945.

Le décret royal britannique du 14 juin 1945, art. 1er, prévoit ainsi que par crime de guerre, il faut entendre une violation des lois et coutumes de la guerre commise à l'occasion de toute guerre dans laquelle Sa Majesté a été ou pourra être engagée à n'importe quel moment depuis le 2 septembre 1939. L'art. 9 prévoit que le châtiment consiste dans l'une ou plusieurs des peines ci-après : 1) mort (soit par pendaison, soit par fusillade) ; 2) emprisonnement à vie ou à temps ; 3) confiscation des biens ; 4) amende. Le tribunal peut également ordonner la restitution des espèces ou des biens emportés ou détruits par l'accusé. Ces dispositions sont applicables sur tous les théâtres d'opérations où sont engagées des troupes du Royaume-Uni (1).

La loi canadienne du 30 août 1945, confirmée par la loi du 31 août 1946, est entièrement rédigée sur le modèle du décret britannique. La date de l'entrée en guerre du Canada remontant au 9 septembre 1939, le domaine d'application de la loi dans le temps est seulement modifié en conséquence. L'art. 11 correspond également à l'art. 9 du décret britannique (2).

La loi australienne, entrée en vigueur le 11 octobre 1945, dont la substance est analogue également au décret britannique, comporte en revanche une définition légale beaucoup plus vaste du crime de guerre. En effet, l'art. 3 prévoit que par crime de guerre, il faut entendre non seulement "une violation des lois et coutumes de la guerre", mais aussi "tout crime de guerre au sens du décret instituant le Conseil d'enquête, désigné le 3 septembre 1945, conformément aux instructions concernant la Sécurité nationale (enquête)...". Ce Conseil d'enquête correspondait pour l'Australie au service de recherches des crimes de guerre français, et le décret de constitution de cet organisme de recherches donnait une liste des crimes de guerre dont il avait mission de découvrir les auteurs parmi les ressortissants ennemis. En fait, le texte du 3 septembre 1945 cite en premier lieu "l'élaboration, la préparation, le déclenchement ou la conduite d'une guerre d'agression ou d'une guerre violant les traités, accords ou assurances internationaux, la participation à un plan commun ou à une entente délictueuse en vue de l'accomplissement de l'un quelconque des actes sus-mentionnés".

1) Law Reports., Vol. I, p. 105 (Army Order 81/45) ;

2) Law Reports., Vol. IV, p. 125 (10 George VI Chap. 73).

Il reprend ainsi l'essentiel de la définition du crime contre la paix qui allait figurer dans le Statut de Londres du 8 août 1945 et dans la loi No 10 du 20 décembre 1945 déjà citée. Selon la conception australienne, le crime contre la paix est donc compris dans la notion de crime de guerre. En revanche, ce crime de guerre au sens large n'englobe pas le crime contre l'humanité tel qu'il résulte de l'art. 6c du Statut. Pour le surplus, la liste du décret du 3 septembre 1945 n'est qu'un catalogue d'exemples destiné à servir d'illustration à la définition générale de l'art. 3 de la loi du 30 août 1945. La liste dressée par la Commission des responsabilités de 1919 semble avoir servi de modèle. On notera pourtant que les "mauvais traitements de blessés et de prisonniers de guerre", ont été explicités. Ils comprennent "notamment, a) le transport des prisonniers de guerre dans de mauvaises conditions ; b) le fait d'exposer à la curiosité publique ou de ridiculiser les prisonniers de guerre et c) le fait de négliger d'assurer aux prisonniers de guerre le traitement médical, la nourriture et le logement appropriés". Ces adjonctions sont justifiées par les nombreuses exactions commises dans ce domaine par les occupants japonais, volontairement, ou parfois, par simple méconnaissance des besoins particuliers à des adversaires habitués à des conditions d'existence moins rudes que celles des Asiatiques. L'art. 11 de la loi australienne reprend en ce qui regarde la peine, les termes du décret britannique (1).

La loi chinoise du 24 octobre 1946 "concernant la poursuite des criminels de guerre" semble avoir adopté une technique juridique analogue à celle de la loi australienne.

La loi pour les anciennes Indes néerlandaises définit, en revanche, le crime de guerre par rapport au droit international exclusivement. Selon l'art. 1er "Par crimes de guerre, il faut entendre les actes qui constituent une violation des lois et coutumes de la guerre commise en temps de guerre par les sujets d'une Puissance ennemie ou par des étrangers au service de l'ennemi". Cette formule générale est suivie comme dans les lois chinoise et australienne d'une liste de crimes de guerre calquée sur celle de la Commission des Responsabilités de 1919, avec quelques adjonctions (2).

Les autorités américaines semblent avoir procédé d'une manière empirique pour l'élaboration des textes applicables à la poursuite des crimes de guerre. En effet, au lieu de promulguer comme au Royaume-Uni un seul décret valable pour tous les théâtres d'opérations, elles en ont adopté plusieurs pour les différents territoires sur lesquels elles ont été appelées à exercer leur juridiction après la fin des hostilités. Cependant, des nationaux

1) Law Reports., Vol. V, p. 95-96 ;

2) Law Reports., Vol. XI, p. 93-95 et 103.

allemands ayant cherché à opérer un sabotage aux Etats-Unis au début de la guerre, le Président des Etats-Unis prit en sa qualité de commandant en chef de l'armée et de la marine, les mesures nécessaires pour faire traduire les intéressés devant la justice américaine. Un Tribunal fut nommé par ordre du 2 juillet 1942. Le Président déclarait, en outre, dans une proclamation faite pour les besoins de la cause que "Seront soumises aux lois de la guerre et à la juridiction des tribunaux militaires, toutes les personnes qui sont sujets, citoyens ou résidents de toute nation en guerre avec les Etats-Unis ou qui agissent par obéissance ou sur les instructions d'une telle nation et qui, en temps de guerre, pénètrent ou cherchent à pénétrer aux Etats-Unis... à travers les défenses côtières ou frontalières, et sont chargées de commettre ou tentent ou préparent des actes de sabotage ou d'espionnage, ou d'autres actes hostiles, ou encore, des violations des lois de la guerre". Saisie sur recours de l'affaire Richard Quirin, en vue de laquelle cette déclaration avait été faite, la Cour suprême des Etats-Unis a confirmé la validité de la procédure adoptée, en dépit des contestations qui s'étaient élevées sur la base de la Constitution.

A la fin de la guerre, les chefs militaires en exercice sur les divers théâtres d'opérations ont ensuite arrêté les mesures nécessaires pour permettre la poursuite et le jugement des crimes de guerre. Le Général MacNarney promulgua le 23 septembre 1945 les règles appropriées pour le théâtre d'opérations de la Méditerranée. Le Général Eisenhower en fit autant le 25 août 1945, pour celui de l'Europe. Quant au théâtre d'opérations du Pacifique, les Règles édictées le 24 septembre 1945 sur l'ordre du Général MacArthur devaient être remplacées après le procès du Général japonais Yamashita - où la Cour suprême des Etats-Unis eût l'occasion de prendre position sur de nombreux problèmes importants -, par de nouvelles règles datant du 5 décembre 1945 dites "SCAP. Rules". Des dispositions concernant la procédure furent encore prises par la suite le 5 février et le 27 décembre 1946. Des règles analogues aux "SCAP Rules" furent adoptées parallèlement pour le théâtre d'opérations des forces américaines en Chine.

Les définitions du crime de guerre données par les textes applicables dans chacun de ces quatre théâtres d'opérations sont différentes les unes des autres, mais toutes ont le droit international pour base principale.

La plus concise est celle des Règles applicables en Méditerranée, dont l'art. 1 définit le crime de guerre comme "une violation des lois et coutumes de la guerre", à l'exemple du Décret britannique.

Les Règles concernant l'Europe visent également les violations au droit de la guerre, mais elles étendent la définition du crime de guerre aux "violations de la loi des nations" ou "des lois des territoires occupés...". Il faut entendre par là que les poursuites peuvent être fondées aussi bien sur des règles du droit

international qui n'appartiennent pas au droit de la guerre, qu'au droit commun des pays précédemment occupés par le IIIème Reich (art. 1a).

Quant aux Règles dites "SCAP Rules", elles reprennent point pour point les termes du Statut de Londres, les Tribunaux étant ainsi compétents à la fois pour le jugement des crimes contre la paix, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (art. 2b). Enfin, les règles américaines concernant la Chine se réfèrent aux lois et coutumes de la guerre en donnant une liste non-exhaustive des violations considérées comme crimes de guerre, analogue à celle de la loi australienne.

Aucune de ces définitions générales n'est accompagnée d'une peine fixée d'avance. Une échelle de peines est par contre à la disposition du tribunal qui applique celle qui lui semble appropriée au crime ou au délit dont l'accusé a été reconnu coupable (art. 13 des règles pour la Méditerranée). Dans les règles applicables dans le Pacifique (SCAP Rules) et en Chine, le tribunal est même libre de prononcer d'autres peines que celles prévues par les règles concernant la poursuite et le jugement des crimes de guerre. Aux termes des règles pour l'Europe, les tribunaux peuvent s'inspirer des dispositions du Manuel pour les cours martiales, des lois américaines et même de celles du pays où le crime a eu lieu, ou encore, du pays où le procès est ouvert (1).

Comme dans la loi chinoise, cette intervention du droit commun interne demeure très discrète. Les juges américains n'ont aucune obligation d'appliquer le droit interne. Au surplus, ils ont même le choix entre plusieurs des législations nationales en cause. On notera que la loi nationale de l'accusé n'est pas mentionnée.

Dans le même ordre d'idées, il convient de citer encore la loi grecque de 1945. Ce texte prévoit que les ressortissants ennemis peuvent être traduits devant les tribunaux grecs compétents pour le jugement des crimes de guerre chaque fois qu'ils ont commis un acte constituant l'une des infractions prévues par l'art. 6 du Statut du tribunal militaire international de Nuremberg. Les juridictions grecques peuvent donc être saisies aussi bien de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité que de crimes de guerre au sens étroit. En outre, ces mêmes tribunaux sont compétents pour le jugement des actes commis par des nationaux ennemis en violation du code pénal grec, lorsqu'ils ne sont pas justifiés par les lois et coutumes de la guerre. Cette dernière disposition semble curieusement faire la synthèse du système adopté par la plupart des lois du groupe anglo-saxon et de la technique législative de l'ordonnance française de 1944 (2).

1) Law Reports., Vol. III, p. 105-7 ;
2) Law Reports., Vol. XV, p. 36.

2.- Le crime de droit commun.-

L'ordonnance française et la loi du Grand-Duché de Luxembourg déjà citée sont les seuls textes - mis à part la loi grecque - où le droit commun de l'Etat poursuivant constitue le seul élément légal du crime de guerre, la non-justification n'intervenant qu'à titre de fait justificatif.

En effet, l'art. 1er de la loi luxembourgeoise du 2 août 1947 "sur la répression des crimes de guerre" est, notamment sous ce rapport, la reproduction presque exacte de l'art. 1er de l'ordonnance d'Alger :

"Seront poursuivis devant une Cour des crimes de guerre et jugés conformément aux lois luxembourgeoises en vigueur et aux dispositions de la présente loi les agents non-luxembourgeois coupables de crimes ou de délits tombant sous la compétence des tribunaux luxembourgeois, commis depuis l'ouverture des hostilités, lorsque ces infractions ont été accomplies à l'occasion ou sous le prétexte de l'état de guerre et qu'elles ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre, soit que ces agents aient été trouvés dans le Grand-Duché ou en territoire ennemi, soit que le gouvernement en ait obtenu l'extradition" (1).

A l'exemple de ce qui se passe en France, un ressortissant allemand peut donc être poursuivi au Luxembourg chaque fois que ses actes, accomplis à l'occasion de la guerre constituent des crimes ou des délits au regard du droit luxembourgeois et ne trouvent pas de justification dans le droit international.

La règle fondamentale est celle qui a présidé à l'adoption de tous les textes spéciaux promulgués dans ce domaine par la France. L'Etat occupé, estime-t-on, n'a pas perdu sa souveraineté, il en a été dépossédé seulement quant à l'exercice. Selon M. Hammes, qui défend cette thèse adoptée par la loi du Grand-Duché, le droit international lui-même attribue d'ailleurs normalement compétence à l'Etat qui a capturé les auteurs présumés, en vue d'assurer la poursuite et le jugement de leurs crimes. Cependant, a-t-il ajouté, le droit international ne peut servir de fondement à une telle répression, contrairement au système appliqué dans les textes du groupe anglo-saxon :

"Il ne saurait... être question de baser l'accusation et le jugement sur des dispositions même légales, mais dépourvues de sanctions comme par exemple celles des Conventions de La Haye". M. Hammes relève que le crime de guerre défini par rapport à une loi nationale, plutôt qu'au droit international, présente avec le crime politique cette analogie d'avoir pour base le droit commun. Il note que les circonstances spéciales dans lesquelles le crime a été commis jouent un rôle positif dans le cas du crime politique puisqu'elles déterminent le but et la portée de

1) Mémorial du Grand-Duché de Luxembourg, No 38 du 11.8.47 ; cf. Glaser (RDPC., 1947-48, No 3, p. 238).

l'action, mais un rôle négatif dans celui du crime de guerre, puisque c'est l'absence de la justification tirée de l'état de guerre qui le distingue des crimes de droit commun ordinaires. Le droit international n'intervient que dans la mesure où il s'agit de déterminer "si le fait répréhensible est couvert ou non par les règles du droit de la guerre" (1).

3.- Le double crime de droit interne et de droit international.-

Les lois belge et norvégienne ne se distinguent des définitions française et luxembourgeoise que par une rédaction différente en ce qui regarde l'application du droit international.

Le crime de guerre reste un crime de droit commun, mais son caractère international est accentué. Pour être punissable, le fait de guerre incriminé doit constituer à la fois une violation du droit interne et du droit international. Les lois et coutumes de la guerre n'interviennent donc plus à titre de fait justificatif comme dans les lois du second groupe.

Ainsi, l'art. 2 de la loi belge du 20 juin 1947 "relative à la compétence des juridictions militaires en matière de crimes de guerre" prévoit que :

"Sont jugées par les juridictions militaires conformément aux dispositions de la présente loi et à celles non contraires des lois de procédure pénale militaire, les infractions tombant sous l'application de la loi pénale belge commises en violation des lois et coutumes de la guerre entre le 9 mai 1940 et le 1er juin 1945 par ceux qui, lors de la perpétration des faits, étaient au service de l'ennemi à quelque titre que ce soit, notamment en qualité de fonctionnaires de l'ordre administratif ou de membre d'une formation quelconque ou qui étaient chargés par eux d'une mission

1) Ch. L. Hammes, conseiller à la Cour supérieure de Justice de Luxembourg, professeur à l'Université de Bruxelles : "Le crime de guerre en droit luxembourgeois" (RDPC., 1946-47, No 3).

quelconque" (1).

La Cour de cassation belge a résumé la définition légale du crime de guerre dans la formule suivante qui montre le rôle équivalent accordé au droit international et au droit interne : "Au sens de la loi du 20 juin 1947, le crime de guerre est un fait réunissant la double condition d'être une infraction à la loi pénale belge et d'être une infraction commise en violation des lois et coutumes de la guerre, élisive de la cause de justification que crée en faveur du fonctionnaire ou du militaire ennemi l'état de belligérance..." (Cass. 2ème ch., 4 juillet 1949) (2).

Il en va de même en droit norvégien (3).

La loi du 13 décembre 1946 "sur le châtimeut des criminels de guerre étrangers" donne en effet un rôle équivalent au code pénal norvégien et au droit international :

"Les actes qui, d'après leur nature, tombent sous le coup de la loi pénale norvégienne, seront punis d'après le droit pénal norvégien s'ils ont été commis en violation des lois et coutumes de la guerre par des ressortissants ennemis ou d'autres étrangers au service ou aux ordres de l'ennemi, et s'il s'agit d'actes perpétrés en Norvège et au préjudice de ressortissants ou d'intérêts norvégiens..." (art. 1er, première phrase).

-
- 1) Moniteur belge 26-27.6.47 ; pour les travaux préparatoires, v. Session extraordinaire de 1946 : Sénat, Doc. parl. projet de loi No 114 ; Session 1946-47 : Sénat, Doc. parl. rapport No 113 ; Ann. parl. séances du 8.3.47-Chambre des représentants, Doc. parl. projet de loi No 267, Rapport No 311 ; Ann. parl. ; séances des 9 mai et 5 juin 1947 ; v. aussi sous le titre "la répression des crimes de guerre en droit belge" : R. Grévy (RDPC., 1947-48, p. 806) ; A. Wauters (RDPC., 1946-47, p. 431) ; S. Sasserath (RDPC., févr. 1947, p. 432) ; F. Dumon (RDPC., Déc. 1947, p. 239) ; M. Sluzny "La loi du 20.6.47 relative à la compétence des juridictions militaires en matière de crimes de guerre" (JT. 13.7.47, p. 414) ; M. Rigaux et Trousse "La qualification des crimes de guerre en droit pénal belge" (JT. 18.4.48, p. 229) ; Rigaux et Trousse, note sous Cour Milit. Bruxelles, 5ème ch. fr., 31.1.49 (JT. 17-24.4.49, p. 248) ; Basyn "La répression des crimes de guerre" (JT. Avril 1949, p. 241) ; Volkmann "Die Kriegsverbrecherverfahren in Belgien", NJW., 1949, p. 455 ;
 - 2) RDPC., Juillet 1949, p. 986 ; comp. Conseil de guerre de Bruxelles, 2ème ch., 9.3.51 ; Falkenhausen (RDPC., Avril 1951, p. 863) ; Cass. 2ème ch. 27.11.50 (RDPC., Févr. 1951, p. 653) ;
 - 3) cf. cependant Boissier, op. cit. qui range la loi norvégienne dans le groupe anglo-saxon.

L'art. 1er, seconde phrase, permet en outre la poursuite d'actes commis dans les mêmes conditions que ci-dessus, mais à l'étranger et au préjudice d'intérêts alliés, lorsque l'auteur se trouve en Norvège. L'art. 2 contient une disposition interprétative destinée à permettre la poursuite sous la qualification de brigandage avec violence (art. 267 et 268 du Code pénal norvégien) des confiscations, réquisitions, contributions, amendes illégales et autres formes d'acquisition illégale d'un avantage économique par usage de la force ou menace de violence (1).

A première vue, la technique juridique adoptée dans les systèmes français et belge semble aboutir au même résultat, puisque le droit interne et le droit international sont en jeu dans les deux cas.

En effet, l'auteur du meurtre d'un prisonnier de guerre se trouvera pratiquement dans la même situation devant un Tribunal français ou un Tribunal belge. Lorsque la règle de droit international est clairement exprimée, comme dans la Convention de La Haye où il est interdit de "tuer ou de blesser un ennemi qui, ayant mis bas les armes ou n'ayant plus les moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion" (art. 23c), il importe peu que l'infraction à la loi pénale interne qu'elle représente ne soit pas justifiée par les lois et coutumes de la guerre ou constitue au contraire une violation de cette partie du droit international.

En revanche, là où le droit de la guerre est muet, ou même seulement incertain, les solutions auxquelles conduisent respectivement l'Ordonnance française et la loi belge peuvent être diamétralement opposées. La conduite de la guerre n'est pas assujettie à un ensemble de prescriptions et de limites comparable aux dispositions d'un code pénal interne où sont prévus la quasi-totalité sinon tous les actes humains qui entrent en contradiction avec la loi morale. Il s'en faut de beaucoup. La distance qui sépare les exigences de la conscience publique des règles du droit de la guerre dont la force obligatoire est universellement reconnue est parfois considérable. Maintenant encore, des domaines importants du droit international comme la guerre aérienne et la guerre sous-marine sont dans ce cas. Au début de la guerre de 1939-1945, ces lacunes du droit des gens affectaient même les règles concernant la guerre sur terre.

L'occupant peut-il exécuter sans jugement les civils arrêtés les armes à la main, sans signe distinctif fixe et reconnaissable à distance au sens de l'art. 1er du Règlement de La Haye

1) Law Reports, Vol. III, p. 81 ; G. Lümmert, op. cit. p. 108 ; H. Sund "Les criminels de guerre en Norvège et la répression de leurs délits" (RDPC., 1947, p. 705).

de 1907 ? Le droit international est muet à ce propos. On déduit du fait que seuls les militaires ou les membres des milices et corps de volontaires répondant aux exigences de la Convention bénéficient de la qualité de belligérant, le droit pour l'occupant de passer par les armes ceux qui font acte d'hostilité sans se conformer à ces prescriptions. Mais sur la question du jugement, il semble que seul l'espion ait droit à une procédure régulière (art. 30).

L'allemand accusé d'avoir fusillé un civil sans jugement préalable sera en tout état de cause convaincu d'homicide volontaire selon l'Ordonnance Française et le code pénal, car il sera hors d'état de se justifier en invoquant une règle précise du droit international qui n'existe pas. En revanche, l'absence de disposition conventionnelle ou de faits permettant de conclure à l'existence d'une règle coutumière paraît devoir ôter tout caractère criminel à un tel acte selon le droit belge. Le crime est constitué dans tous ses éléments en droit français, même en cas de silence du droit international. Mais la qualification de crime de guerre ne saurait être retenue en droit belge lorsque le Tribunal ne peut relever la violation d'une loi écrite ou coutumière du droit de la guerre.

La loi belge du 20 juin 1947 accentue encore l'influence déterminante du droit international dans le cas où l'acte a été exécuté sur ordre.

Le fait justificatif de l'ordre supérieur prévu par l'art. 70 du code pénal belge n'est exclu, en effet, que dans l'hypothèse où "l'acte reproché constituait une violation flagrante des lois et coutumes de la guerre et des lois de l'humanité". L'ordre peut alors être retenu comme circonstance atténuante. Il suit de là que lorsque la règle de droit international est incertaine, notamment parce que son existence est controversée, sa violation ne peut, en conséquence, être qualifiée de flagrante et le subordonné poursuivi se trouve justifié. Le législateur belge paraît avoir ainsi très sagement tenu compte du caractère particulier du droit international. Le soldat ne doit pas avoir à s'interroger à chaque instant sur la légalité des ordres qu'il reçoit, ni surtout sur leur conformité avec le droit international.

L'art. 1er permet d'acquitter là où le droit de la guerre présente une lacune telle que l'accusé ne pouvait savoir où était son devoir. L'art. 3 ménage en outre, à juste titre, une position privilégiée au subordonné lorsque la règle violée n'était pas suffisamment certaine pour que sa violation fut flagrante (1).

1) Cass. belge, 2ème ch. 4.7.49 (RDFC. Juillet 1949, p. 986) ; Cons. de guerre de Bruxelles, 2ème ch. fr. 9.3.51 ; Falkenhausen (RDFC. Avril 1951, p. 863 - Mai 1951, p. 989) ; arrêt cité par Boissier "L'épée et la balance", op. cit. p. 36-37.

4.- Les lois néerlandaise et danoise.-

Bien que par leur économie générale, elles s'identifient en apparence avec le système belge, ces deux lois présentent des particularités qui obligent à les classer à part.

En effet, la loi néerlandaise du 10 juillet 1947 "concernant les poursuites pénales contre les personnes qui ont commis au service de l'ennemi des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité" montre par son titre que la compétence des Tribunaux n'est pas limitée aux crimes de guerre proprement dits.

L'art. 1 prévoit l'adjonction dans l'ordonnance sur le droit pénal extraordinaire du 22 décembre 1943 d'un art. 27a ainsi conçu :

"1. Celui qui, pendant la dernière guerre et alors qu'il se trouvait au service de l'ennemi en qualité de militaire, de magistrat ou de fonctionnaire, s'est rendu coupable d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité au sens de l'art. 6b et c du Statut annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945, et publié par notre décret du 4 janvier 1946 (Feuille Officielle No G 5) sera, lorsque cet acte tombe en même temps sous le coup de la loi pénale néerlandaise, condamné à la peine prévue pour cet acte".

"2. Lorsque l'acte ne tombe pas en même temps sous le coup de la loi néerlandaise, l'auteur se verra infliger une peine sur la base de la disposition légale qui s'en rapproche le plus par sa nature" (1).

Le Ch. 3 de l'art. 27a permet, en outre, de retenir les faits de complicité par tolérance au même titre que l'art. 4 de l'ordonnance française, déjà cité (2).

La législation néerlandaise en matière de crimes de guerre s'est développée en plusieurs étapes.

L'ordonnance sur le droit pénal extraordinaire avait été promulguée en 1943, principalement en vue de permettre la poursuite des sujets hollandais traîtres à leur pays. Elle aggravait les peines applicables en temps de paix à certains délits et prévoyait les dispositions nécessaires pour assurer la sanction d'actes qui n'étaient pas couverts par le droit commun existant. C'est ainsi que les art. 26 et 27 de l'ordonnance du 22 décembre 1943 ont introduit dans le droit commun hollandais le premier le crime "d'exposition à la persécution", et le second celui d'"atteinte à la propriété" (3).

Or, lorsqu'à la libération du territoire hollandais, le procès d'un allemand nommé Albrecht fut ouvert devant le

1) Law Reports., Vol. XI, p. 92 ; G. Lümmert, op. cit. p. 106 ;

2) cf. ci-dessus, p. 28 ;

3) Law Reports., Vol. XI, p. 95-96.

tribunal spécial, on devait s'apercevoir que l'ordonnance de 1943 n'offrait pas une base suffisante aux poursuites pour crimes de guerre.

Condamné à mort le 19 juin 1946, Albrecht s'était pourvu en cassation et la Cour spéciale de cassation avait ordonné l'annulation du jugement. Il n'est pas inutile de rapporter ici les principaux considérants de cet arrêt fondamental :

Albrecht avait été condamné sur la base de l'art. 287 du code pénal néerlandais (homicide involontaire), dont la peine maximum de 15 ans de réclusion avait été remplacée par la peine de mort, au moyen des art. 1 et 11 de l'ordonnance de 1943. La Cour spéciale de cassation a estimé que les juges du fond ne pouvaient fonder leur décision sur de telles dispositions. Cette manière de voir, a déclaré la Cour suprême "procède de la conception erronée suivant laquelle le droit international aurait donné juridiction aux Pays-Bas sur tous les membres des forces ennemies et les fonctionnaires ennemis qui ont commis dans ce pays des actes susceptibles d'être assimilés à ceux que prévoit et punit le code pénal néerlandais." La Cour spéciale de cassation voit deux raisons de contester le bien-fondé d'une telle attitude. Tout d'abord, "il ne serait pas juste de juger des militaires ou fonctionnaires ennemis en application de lois néerlandaises qui n'ont pas été écrites à leur intention, au lieu de les faire traduire en justice en vertu de lois qui régissent la conduite de la guerre et qui ont, elles, été précisément écrites pour eux". Sans contester au regard du droit international, la compétence du Royaume des Pays-Bas de juger et de punir les "criminels de guerre ennemis", la Cour est d'avis "qu'en l'état actuel du droit néerlandais", le juge ne dispose pas au regard de la loi interne, de la compétence nécessaire à cet effet. En second lieu, la Cour relève que, si le droit néerlandais n'est actuellement pas suffisant pour rendre possible de tels procès, c'est en raison du fait "que plusieurs violations particulièrement graves du droit de la guerre ne peuvent entrer dans les définitions du code pénal". La compétence que les Pays-Bas détiennent en vertu du droit international, de poursuivre les membres des forces d'occupation ennemies pour violation des lois de la guerre n'ayant pas encore fait l'objet d'une disposition légale appropriée, le juge néerlandais, conclut la Cour de cassation, ne saurait se saisir des cas des membres des forces armées et des organisations ennemies, coupables de violations des lois et coutumes de la guerre (1).

Un projet de loi fut aussitôt soumis au Parlement.

1) Law Reports., Vol. XI, p. 89-90 ; cf. aussi M.W. Mouton "War Crimes and International Law", 'sGravenhage, 1948, Grotius 1940-1946.

C'est la Loi du 10 juillet 1947, dernier stade du développement de la législation néerlandaise en matière de crimes de guerre.

On notera que le législateur hollandais s'est référé, non aux lois et coutumes de la guerre comme le législateur belge, mais bien aux règles contenues dans le Statut de Londres. Les Tribunaux hollandais sont donc liés par les définitions de l'art. 6 du Statut, ce qui n'est pas le cas des Tribunaux belges (1).

Cependant, dans les deux cas, le droit interne continue à jouer pour une part le rôle d'élément légal du crime. En dépit des considérants de la Cour de cassation dans l'arrêt Albrecht, le législateur hollandais a considéré que le droit commun demeurerait la base originale du droit de punir les crimes de guerre. Le système néerlandais se distingue par là des lois anglo-saxonnes. Il ne suffit pas aux termes de la loi du 10 juillet 1947 que l'inculpé se soit rendu coupable d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité au sens du Statut de Londres. Il faut encore que cet acte soit prévu et puni par le droit néerlandais. Afin de pallier les difficultés qui pourraient se produire pour l'application du droit interne à des faits de guerre qui n'entreraient dans aucune définition légale d'un crime ou délit selon le droit commun, le législateur néerlandais a introduit dans le droit commun les deux infractions nouvelles déjà citées et donné au juge l'autorisation de recourir à l'interprétation analogique. La formule générale de l'art. 27a, ch. 2, l'a dispensé de prescrire expressément les divers cas où une assimilation est nécessaire.

La loi danoise No 395 du 12 juillet 1946 "relative à la répression des crimes de guerre" contient également une référence au Statut de Londres qui la distingue nettement du système belge.

L'art. 1er prévoit :

" Lorsqu'un étranger au service de l'Allemagne ou d'une Puissance alliée de l'Allemagne a commis au Danemark ou au préjudice d'intérêts danois, un acte punissable selon sa nature d'après le droit danois, en violation des lois et coutumes du droit des gens valables pour l'occupation et la guerre, il peut être mis en accusation en raison du crime commis et se voir infliger une peine par un Tribunal danois conformément à la présente loi".

Selon l'art. 2, cependant, la responsabilité pénale qui découle de cette loi est étendue, en dehors des cas mentionnés à l'art. 1er, aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité "pour autant que les actes en question constituent des violations des règles du droit des gens concernant l'occupation et la guerre".

1) Cass. belge, 2ème ch., 27.11.50 (RDPC., Févr. 1951, p. 653).

Le législateur danois donne à cet égard une série d'exemples manifestement tirés de l'art. 6 du Statut de Londres. C'est ainsi qu'il précise en ce qui regarde les crimes contre l'humanité que la déportation, ou toute autre persécution pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, sont punissables lorsqu'ils sont "en contradiction avec des principes du droit danois", apportant néanmoins une certaine restriction à la définition de l'art. 6c du Statut qui permettait les poursuites à raison de ces crimes "qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés.." (1). Mais cette réserve n'a guère de portée, car l'art. 2 ajoute in fine que la responsabilité pénale s'étend au surplus "à tous les actes, même non mentionnés ci-dessus, qui tombent sous le coup de l'art. 6 du Statut du Tribunal Militaire International".

Il n'est plus question ici de violation simultanée du droit commun danois. L'art. 3 se borne à stipuler "qu'en ce qui regarde les crimes visés dans la présente loi, la peine prévue dans les dispositions pénales correspondantes peut être élevée jusqu'à l'emprisonnement à vie. Lorsque l'acte n'est pas prévu par une disposition pénale déjà existante à ce jour dans le droit danois, la peine sera celle de l'emprisonnement à vie" (al. 1). L'art. 3, al. 2, prévoit, en outre, les conditions dans lesquelles la peine de mort peut être prononcée.

La loi danoise réalise ainsi un curieux compromis entre les systèmes anglo-saxon et belge. L'art. 1er est destiné

1) Procès, Tome I, p. 13 ; 2) G. Limmert, op. cit. p. 91 ; Law Reports, Vol. XV, p. 31-32 ; Hurwitz, Chronique danoise (RIDP., 1947, p. 249) ;

à la poursuite de tous les crimes de guerre qui trouvent un correspondant à peu près exact dans le code pénal danois. L'adjonction des mots "selon sa nature" permet d'aller jusqu'à l'extrême limite de l'interprétation jurisprudentielle. Et c'est probablement pour éviter d'insérer dans la loi une disposition imposant une interprétation législative pour l'assimilation aux définitions du droit commun des violations du droit de la guerre qui n'y figureraient pas jusqu'ici que l'art. 2 a eu recours aux formules générales du Statut de Londres, auxquelles l'art. 3 assure la sanction pénale uniforme de l'emprisonnement à vie, voire même de la peine de mort (al. 1, 2ème phrase et al. 2). (1)

-
- 1) sur la loi polonaise du 31 août 1944 cf. Law Reports, Vol. VII, p. 82 et s. ; et T. Cyprian et J. Sawicki "Le droit polonais dans la lutte contre l'hitlérisme et la collaboration", Revue juridique démocratique (RSCDFC., 1948, 655) ; M. Muszkat "Extradition de personnes recherchées ou condamnées pour crime de guerre ou crime de collaboration avec l'ennemi" (RDPC., déc. 1947, p. 262) et "La répression des crimes de guerre commis en Pologne par l'Allemagne au cours des années 1939-45" (RDPC., 1948, p. 799) ; cf. aussi Review of Polish Law, Juillet 1949, p. 51-55 ;

M. Ancel, La législation polonaise et le problème des crimes de guerre (Sociologie et droit slaves, No 2-3, p. 185), et Un procès de crimes de guerre en Pologne, (RSCDFC., 1947, p. 213).

- sur la loi tchécoslovaque du 19 juin 1945 cf. Law Reports, Vol. XV, p. 205 ; et W. Solnar, Chronique tchécoslovaque (RIDP., 1948 p. 65) ; sur la loi yougoslave du 25 août 1945, cf. Law Reports, Vol. XV, p. 207-9 ; sur le droit soviétique, cf. R. Maurach "Die Kriegsverbrecherprozesse gegen deutsche Gefangene in der Sowjetunion", Hamburg, 1950 ;

I.- L'OUVERTURE DES HOSTILITES ET LE PRINCIPE DE LA
LEGALITE DES DELITS ET DES PEINES

1.- L'ouverture des hostilités.-

L'Ordonnance du 28 août 1944 stipule à son article premier que sont poursuivis devant les tribunaux militaires français les auteurs d'infractions à la loi française non-justifiées par les lois et coutumes de la guerre lorsqu'elles sont commises "depuis l'ouverture des hostilités", c'est-à-dire depuis le 3 septembre 1939 (1).

On peut se demander si des actes non-justifiés par le droit de la guerre ne peuvent pas être commis avant le début des hostilités proprement dites. Daniel cite à ce propos le torpillage du "Helli", croiseur de la marine grecque, dans la rade de Tinos, le 15 août 1940, par un sous-marin italien. L'agression italienne contre la Grèce n'eut lieu que le 29 octobre suivant (2). Mais il semble que des faits de cette nature peuvent être aisément englobés dans la définition très large que donne l'art. 6a du Statut de Londres du crime contre la paix. En tout état de cause, on ne tiendra compte que de la situation de fait créée par le conflit armé et non d'une éventuelle déclaration de guerre. Comme l'observe également Daniel, les déclarations de guerre modernes émanent désormais des Puissances victimes d'une agression. Elles n'ont d'autre but que de constater l'existence de l'état de guerre provoqué par l'attaque dont elles sont l'objet. C'est notamment ce qui s'est passé à l'égard des Etats-Unis après l'attaque japonaise de Pearl-Harbour, le 7 décembre 1941 (3). Les Conventions de Genève de 1949 ont d'ailleurs prudemment ajouté au terme de "guerre", qui pouvait supposer la nécessité d'une déclaration formelle, la notion plus élastique de conflit armé. (art. 2 commun aux quatre Conventions) (4).

L'Ordonnance française ne fixe en revanche pas d'autre limitation dans le temps. Comme on l'a déjà démontré plus haut, la pratique suivie par les Tribunaux permet cependant de penser que seuls les crimes de droit commun commis pendant les hostilités - ce terme étant pris dans son sens le plus large -

-
- 1) Cf. Ordonnance du 9 novembre 1944 sur la compétence des juridictions françaises, art. 2 ;
 - 2) Daniel, op. cit. p. 65 ;
 - 3) ibid. p. 62 ;
 - 4) Comp. F. SiorDET "Les Conventions de Genève et la guerre civile", Genève 1950.

peuvent être poursuivis comme crimes de guerre, lorsqu'ils répondent pour le surplus aux autres conditions de l'art. 1er. Il ne s'agit là que d'une interprétation. L'indétermination du texte d'Alger sous ce rapport avait peut-être pour dessein de permettre la poursuite des crimes de guerre qui auraient pu être commis en Allemagne à l'encontre des nombreux prisonniers de guerre et surtout des civils détenus dans les camps de concentration dans l'hypothèse où les hostilités n'auraient pas pris fin par une capitulation sans conditions. Il ne fallait pas que les crimes commis dans de telles circonstances demeurent impunis.

Quant aux textes étrangers déjà cités, on aura constaté qu'ils présentent à cet égard la plus grande diversité (1).

Les uns se bornent comme la loi française à faire allusion au début des hostilités, comme la loi luxembourgeoise, le décret britannique et le décret canadien.

D'autres s'appliquent lorsque les faits envisagés sont survenus pendant les hostilités. C'est le cas de la loi chinoise, de la loi pour les anciennes Indes néerlandaises et de la loi néerlandaise. La loi belge précise que les crimes doivent avoir été commis entre le 9 mai 1940 et le 1er juin 1945.

Les autres lois ne contiennent aucune stipulation particulière, se bornant à viser les violations du droit de la guerre, ce qui sous-entend évidemment que l'acte est perpétré pendant les hostilités, même s'il ne s'agit pas d'hostilités actives, ou se trouve en relation immédiate avec l'état de guerre, comme dans le cas des crimes commis à l'encontre des prisonniers de guerre ou autres personnes qui peuvent être retenues par les belligérants au-delà de l'armistice.

2.- Le principe de la légalité des délits et des peines et la rétroactivité de l'Ordonnance du 28.8.44.-

Bien qu'elle soit avec la loi néerlandaise l'un des premiers textes en date sur la répression des crimes de guerre, l'Ordonnance du 28 août 1944 ne dispose pas pour l'avenir, mais bien pour le passé.

A l'exemple de toutes les autres lois nationales - et du Statut de Londres -, elle s'applique à des faits antérieurs à sa promulgation. Il convient donc d'examiner ici dans quelle mesure ses dispositions sont conciliables avec le principe de la légalité des délits et des peines.

En effet, les allemands faits prisonniers à l'issue du conflit et traînés devant les juridictions alliées ne pouvaient-ils pas dire, avec quelque apparence de raison, qu'au moment où ils avaient agi aucune loi ne déclarait punissables

1) cf. ci-dessus, p. 71 .

les actes de guerre dont il leur était fait grief ? Sans doute, les incriminations du droit pénal ordinaire leur étaient-elles opposables dans les pays -comme la France - où le droit interne constitue l'élément légal du crime, mais dans la mesure seulement où le droit international le permet. Les dispositions législatives qui paraissent s'être avérées nécessaires dans tous les pays qui ont organisé des poursuites pour crime de guerre ne démontrent-elles pas qu'en voulant assortir de sanctions le droit des gens qui en était jusque là dépourvu, les législateurs ont en réalité créé non seulement des peines, mais surtout des incriminations rétroactives ? Ne faudrait-il pas considérer par suite que des lois qui n'existaient pas au moment des faits, sont de nature à réaliser un complet effet de surprise ?

Ce grief d'arbitraire qu'on n'a pas manqué d'adresser à l'Ordonnance du 28 août 1944 en particulier et à tous les textes étrangers en la matière (1) tire argument du principe "Nullum crimen, nulla poena sine lege", qui est en effet la base de la plupart des droits publics. C'est notamment le cas de la France.

Cette règle était déjà contenue dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, art. 8 : "La loi ne doit établir que des peines évidemment et strictement nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée", et dans la Constitution de 1793 avec une force particulière : "Nul ne doit être jugé ni puni qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement au délit ; la loi qui punirait des délits commis avant qu'elle existât serait une tyrannie, l'effet rétroactif donné à cette loi, un crime".

Aujourd'hui, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale ne figure que dans le Code pénal, dont l'art. 4 prévoit que : "Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis". Et comme la Constitution de 1946 ne l'a pas reprise, on s'accorde généralement à admettre que la maxime "Nullum crimen..." n'a qu'une valeur purement légale(2), ce qui autorise toute loi nouvelle à y déroger.

L'Ordonnance du 28 août 1944 ne serait d'ailleurs pas le premier exemple d'une telle modification d'un principe essentiel du procès criminel, puisque, sous l'influence des circonstances nées de la première guerre mondiale déjà, le législa-

- 1) cf. notamment Karl-Hans Sonnenburg "Die französischen Kriegsverbrecherprozesse im Lichte des internationalen Rechts und des Rechtslebens der Völker", Munich 1951, p. 3 ;
- 2) Bouzat, Traité, No 1521, p. 1025 ; Donnedieu de Vabres, Traité No 1581, p. 900 ; Huguenev, Traité, No 213, p. 260.

teur avait adopté des mesures rétroactives. La loi du 14 novembre 1918, art. 4, renforçait, en effet, la répression du crime de haute-trahison, en autorisant la confiscation des sommes perçues par les traîtres et les espions depuis le 2 août 1914. Sous le régime de Vichy, d'autres lois dérogeaient également à la règle de la non-rétroactivité des lois pénales. En Allemagne, plusieurs lois nationales-socialistes avaient pris les mêmes libertés avec cette norme fondamentale. En U.R.S.S., certaines dispositions ont également été promulguées avec effet rétroactif (1).

Mais ni les pays en temps de guerre ou de crise, ni les régimes totalitaires ne peuvent évidemment être cités comme des modèles lorsqu'il s'agit du respect des libertés individuelles, toujours sacrifiées à la sauvegarde des biens communs. Aussi, certains auteurs ont-ils considéré qu'en dépit de la place qui lui avait été assignée dans le droit commun français et bien que les tribunaux soient évidemment autorisés à appliquer une loi rétroactive (2), la règle de la non-rétroactivité était un principe supérieur du droit qui s'imposait au législateur lui-même (3).

Remarquons seulement que ce principe figure dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme adoptée à Paris le 10 décembre 1948 par l'Assemblée Générale des Nations Unies. L'art. 11, al. 2, de cette déclaration stipule en effet : "Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux était commis". La France a souscrit sans réserve à cet engagement (4). Etant donné les termes des art. 26 et 28 de la Constitution du 27 octobre 1946, dont les auteurs ont d'ailleurs solennellement réaffirmé dans le Préambule, les droits et libertés consacrés par la Déclaration de 1789, on serait tenté de penser que dès le moment où les traités régulièrement ratifiés et publiés ont la primauté sur le droit interne, les principes contenus dans la Déclaration de 1948 au-

1) Donnedieu de Vabres, *Traité*, p. 901, note 2 ;

2) Trib. corr. Seine, 31.1.47, M.P. c/ Matzneff ; 3.7.46, M.P. c/ Brussault et autres (JCP., 1947, I, 3547) et note G. Bevin ;

3) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, para. 21, p. 200 ;

4) J.O. 19.2.49, p. 1859, cf. Bouzat, *Traité*, loc. cit. ; J.Graven (RDPC, Févr.1952, p.452) ; R. de la Pradelle "L'affaire d'Ascq", Paris, 1949, p. 64 ;

raient en France une force supérieure à celle des lois.

C'était aller trop vite en besogne. Ce raisonnement simpliste va à l'encontre de l'opinion exprimée par la plupart des auteurs qui estiment que, comme son nom l'indique, la Déclaration des Droits de l'Homme n'a qu'une valeur déclarative. C'est un simple engagement moral définissant des principes "dépourvus en ce moment de force contraignante" (1). Pour sa part, la Cour de cassation a jugé que "l'ordonnance du 28 août 1944, régulièrement promulguée, fait la règle des Tribunaux et ne saurait être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité" (2). Car, "sans d'ailleurs contrevenir à aucune disposition du droit international, (elle) est l'expression de la volonté souveraine du législateur français" (3).

Il est singulier de voir que la patrie de la Déclaration des Droits de 1789 fasse montre d'une telle prudence en ne prétendant être liée que par un traité répondant effectivement aux termes constitutionnels, alors que les droits individuels en cause sont la base même de son droit public depuis près de deux cents ans.

Cette obligation, la France l'assume d'ailleurs pour tous les conflits nés ou à naître depuis la ratification des Conventions de Genève de 1949 (4). La Convention No III stipule, en effet, à son art. 99 qu' "aucun prisonnier de guerre ne pourra être poursuivi ou condamné pour un acte qui n'est pas expressément réprimé par la législation de la Puissance détentrice ou par le droit international qui sont en vigueur au jour où cet acte a été commis", et la Convention No IV prévoit également à l'art. 67 en ce qui regarde les personnes civiles se trouvant en territoire occupé que "les tribunaux ne pourront appliquer que les dispositions légales antérieures à l'infraction...".

Par "réprimé" au sens de l'art. 99 de la Convention III précitée, il faut sans doute entendre prévu et puni. Par con-

- 1) Rapport Pépy, Cass. crim. 21.4.50 ; Paarmann et autres (D.J. 1950, p. 314) ; cf. aussi Rousseau "Principes généraux de droit international public". T.I. Paris, 1944, No 72, p. 151 ; No 506 p. 871, cité par Donnedieu de Vabres, note sous Cass. crim. 3.8.50 (D.J. 1950, p. 521) ; A. Jauffret, Chronique législative (RSCDPC., 1949, p. 355) ; comp. R. de la Pradelle, op. cit. p. 45 et 64 ;
- 2) Cass. crim. 24.7.46, B. 170 ; Wagner ;
- 3) Cass. crim. 3.8.50 ; Graef (Oradour) D.J. 1950, p. 521 ;
- 4) Loi No 51 - 161 du 16.2.51 (J.O. 17.2.51, p. 1644).

séquent, si le droit interne ne contient pas d'incrimination formelle, il ne suffit pas que le droit international s'exprime par une simple interdiction dépourvue de sanction. Mais depuis le Statut de Londres de 1945, la plupart des violations du droit international ont fait l'objet de dispositions plus ou moins générales et précises, mais qui toutes impliquaient la menace d'une peine. Il reste néanmoins certains domaines du droit de la guerre, comme la guerre aérienne ou la guerre sous-marine où les limites du permis et du défendu demeurent mal tracées. En pareil cas, l'art. 99 prohibe d'avance toute incrimination rétroactive.

3.- La rétroactivité et le problème de l'application du droit pénal aux faits de guerre.-

L'application que l'Ordonnance du 28 août 1944 entend faire du Code pénal de 1810 et du Code de Justice Militaire de 1928 à des faits survenus entre 1939 et 1945 va donc poser deux questions étroitement liées, - car la solution de l'une commandera celle de l'autre -, mais qu'il importe de distinguer d'emblée.

C'est, en effet, pour donner une sanction interne à des actes contraires au droit international que les auteurs de l'Ordonnance d'Alger ont été amenés à promulguer des dispositions rétroactives. En étudiant de quelle manière et jusqu'à quel point ce texte nouveau rétroagit pour saisir des actes commis avant qu'il ne soit en vigueur, on sera donc nécessairement conduit à voir quelles difficultés il a dû résoudre en vue d'appliquer le droit pénal aux faits de guerre.

Nulle part mieux que dans l'Ordonnance française - et la loi luxembourgeoise du 2 août 1947 (1) - n'apparaissent les problèmes touchant à la qualification criminelle des violations du droit international, car la loi a en quelque sorte empiété sur le domaine du juge en indiquant d'avance la solution des divers cas d'espèce qui pourraient se présenter. Le droit interne ne prévoyait que peu ou souvent pas d'infractions de droit des gens. Aucun code pénal ne définissait de crime ou ne fixait de peine pour le fait d'employer par exemple des prisonniers de guerre à des travaux prohibés, ou pour le bombardement d'une ville ouverte. Les lois en matière de crimes de guerre ont cherché à combler ces lacunes, sans toutefois parvenir à vaincre toutes les impossibilités. Ainsi, peut-on s'interroger sur la qualification pénale d'un bombardement aérien non-justifié par les lois de la guerre. Faudra-t-il punir les aviateurs ennemis pour assassinats en série ? Devra-t-on tenir compte de l'importance des dommages causés, du nombre des victimes ? Là-dessus, l'Ordonnance de 1944 est muette, montrant bien que sa vocation

1) cf. ci-dessus, p.78 ;

ne va pas au-delà d'objectifs très délimités.

Mais le droit international est arrivé dans d'autres domaines à un degré suffisant d'évolution pour qu'on puisse constater l'existence de principes établis, dont la force obligatoire ne saurait être mise en doute.

En cherchant à rendre effectivement punissables des violations d'un droit international fixé, parvenu à maturité, les lois en matière de crimes de guerre encourent-elles réellement le reproche de rétroagir ? Achever les blessés et malades sur le champ de bataille était un crime bien avant la guerre de 1939-1945. Les Puissances victorieuses ont-elles abusé de leur pouvoir en assortissant de peines des infractions de droit international si caractérisées ?

Les lois et coutumes de la guerre dominent comme on le voit le problème de la rétroactivité des textes nouveaux et la question connexe de l'application du droit commun aux faits de guerre. C'est donc en se servant de nouveau du droit des gens comme source fondamentale de la notion de crime de guerre qu'on va faire l'analyse de l'Ordonnance de 1944 sous ce double aspect.

II.- LA RETROACTIVITE DE L'ORDONNANCE DU 28 AOÛT 1944 ET L'APPLICATION DU DROIT PENAL INTERNE

Le grief de rétroactivité a été l'un des plus fréquemment adressés non seulement à la loi française, mais à l'Accord de Londres et à toutes les autres lois nationales en matière de crimes de guerre. Aussi, n'est-il pas étonnant que les tentatives de justifier à cet égard les lois adoptées à la fin de la 2ème guerre mondiale aient été particulièrement nombreuses. Mais il n'en sera fait état ici que dans la mesure où elles permettront de mieux comprendre le mécanisme de l'Ordonnance d'Alger.

Avant d'examiner jusqu'à quel point le texte français encourt le reproche de contrevenir au principe de l'art. 4 du Code pénal en appliquant le droit commun aux faits de guerre, il paraît donc nécessaire de résoudre une question préalable maintes fois posée :

1.- Le principe "Nullum crimen sine lege" est-il applicable en matière de crimes de guerre ?

a) S'il est indiscutable que l'Ordonnance de 1944 vise des faits antérieurs à sa promulgation, puisqu'elle intervient à la fin du conflit dont elle entend punir les excès, ne peut-on pas objecter, en effet, que le principe de la légalité des délits et des peines n'est valable qu'en droit interne et ne saurait trouver d'application dans un domaine comme celui des crimes de guerre où l'élément généralement fluide et instable du droit interna-

tional ne saurait s'accommoder de l'exigence d'une incrimination formelle de la loi ?

On a soutenu dans ce sens que des règles de cette nature sont l'apanage d'un droit écrit où existe un catalogue des délits et des peines, mais non celui d'un droit en formation comme le droit international, ou d'un droit à base coutumière et judiciaire tel qu'il résulte de la pratique anglo-saxonne.

La maxime "Nullum crimen sine lege", a-t-on dit, "n'est que le couronnement d'une législation développée, codifiée et parvenue à son état de fixation, alors que le droit pénal interétatique est encore un droit coutumier, non écrit, en voie de formation et qu'on s'efforce de définir et de codifier" (1). Le principe de la légalité des délits et des peines, issu du droit interne écrit, à base législative, n'aurait donc pas de place dans un droit essentiellement coutumier, subordonné à l'accord des Etats, puisque pour être puni, l'acte doit être prévu par une loi. En conséquence, il ne peut trouver d'application là où le droit est non-écrit. C'est le cas d'une grande partie du droit international, dont on a même prétendu qu'il était tout entier de caractère coutumier, car les traités ne seraient que les confirmations écrites de règles préexistantes (2). Ainsi, le droit conventionnel étant lui-même de source coutumière ne pourrait être soumis au principe "Nullum crimen ...", en dépit des efforts de codification réalisés dans le domaine du droit de la guerre. Car "le droit international est l'expression de la conscience publique, non l'oeuvre des codes et des statuts obligatoires.

C'est "l'expression graduelle cas après cas, des jugements moraux du monde civilisé" (3). Car le droit international est mouvant et son contenu "augmente de jour en jour ; ce qui n'était pas obligation du droit des gens d'hier encore, peut être obligation de ce droit d'aujourd'hui et ainsi avec le temps qui passe, les charges de l'Etat et de l'individu ... peuvent croître constamment" (4). "L'exigence d'incriminations prévues et de sanctions nettement définies, telles qu'on les trouve

-
- 1) J. Graven "Les principes de la légalité, de l'analogie et de l'interprétation et leur application en droit pénal suisse" (Revue pénale suisse, 1951, 377); cf. aussi du même auteur (RDISDP., 1947, 1) ;
 - 2) S. Glaser "Le principe de la légalité des délits et des peines et les procès de criminels de guerre" (RDPC., 1947-48, No 3, p. 230) ; comp. R. Aschenauer, Landsberg, ein dokumentarischer Bericht von deutscher Seite, Munich, 1951, p. 11.
 - 3) Stimson (Foreign Affairs, Janv. 1947) cité par Glaser "Les infractions internationales et leur sanction" (RDPC, 1948-1949, p. 811.
 - 4) Dumas "La responsabilité internationale des Etats", 1930, p. 340.

en droit interne, s'adapte mal aux aspects changeants de la vie et de la délictuosité internationale" (1).

b) On a également cherché à justifier la rétroactivité des textes répressifs adoptés à l'issue de la guerre par le caractère odieux des actes répréhensibles commis par les allemands. En présence de crimes dont les victimes se chiffrent par dizaines de milliers et dont la préparation et l'exécution révèlent le plus souvent l'existence d'un plan mûrement et froidement réfléchi, la justice, a-t-on dit en substance, ne doit pas s'embarrasser de règles de forme qui n'ont d'autre effet que de permettre aux inspireurs et aux exécutants de cette politique de criminalité systématique d'échapper à un juste châtiment. C'est le "plaidoyer pour la colère" (2).

Le principe suivant lequel des crimes exceptionnellement graves justifient des lois exceptionnelles et, notamment, le rejet de la maxime "Nullum crimen sine lege" (3), semble avoir été l'opinion la plus communément répandue parmi les auteurs des textes promulgués à l'issue de la guerre de 1939-1945 et parmi les Tribunaux chargés de les appliquer.

Il est vrai que le jugement du Tribunal de Nuremberg s'attache surtout à montrer que le principe de légalité n'a pas été violé par le Statut. Mais la démonstration vise principalement le crime contre la paix, innovation essentielle de l'art. 6, et le Tribunal prend soin de proclamer néanmoins que la maxime "Nullum crimen..." ne limite pas la souveraineté des Etats et ne formule qu'une règle généralement suivie" (4).

En revanche, le principe de la légalité des délits et des peines est fréquemment déclaré inapplicable à l'échelon national. C'est ce qui résulte notamment des jugements rendus par les Tribunaux anglo-saxons. La maxime "Nullum crimen..." n'est valable qu'en droit interne. L'absence de loi internationale émanant d'une autorité analogue à celle des législateurs nationaux, ne permet donc pas l'application d'un tel principe

-
- 1) Donnedieu de Vabres "Le jugement de Nuremberg et le principe de la légalité des délits et des peines" (RDPC., Juillet 1947, p. 816) ;
 - 2) Comp. J. Lacroix "Plaidoyer pour la colère" (Esprit, août 1947, p. 239) ;
 - 3) G. Ottolenghi "Le problème des criminels de guerre" (RDISDP., 1946, p. 1) ;
 - 4) Procès, Tome I, p. 231 ;

à des traités internationaux (1).

Plusieurs auteurs se sont rangés à cette manière de voir. Ainsi, a-t-on pu dire "Le principe de la non-rétroactivité est édicté pour la protection de l'innocent. L'invoquer pour protéger un coupable serait commettre un déni de justice" (2) et "L'application automatique et sans discrimination du principe de la légalité en matière internationale revient exactement à en tourner le sens. Elle n'aboutit plus à assurer le règne du droit et la protection des innocents contre des condamnations injustifiées - ce à quoi tend la règle -, mais à mettre le droit en échec et à soustraire les coupables à des condamnations justifiées (3).

Il est vrai que de grands crimes seraient restés sans châtement - comme le sont d'ailleurs demeurés, mais pour d'autres raisons, ceux des auteurs de bombardements dits de "terrorisation" comme ceux de Coventry, Dresde et Hiroshima -, si les Alliés, respectueux des principes essentiels du procès criminel au-delà de ce qu'on semble pouvoir demander à un belligérant victorieux, avaient par hypothèse renoncé à toute poursuite de crimes de guerre. Du moins, eussent-ils évité de juger leurs ennemis en vertu de lois qui n'existaient pas formellement au moment de leurs actes. Mais l'objection de la loi "ex post facto" n'a pas été de beaucoup de poids dans leur résolution d'assurer la répression des crimes ennemis, cela n'est guère douteux. On peut tout au plus imaginer qu'elle en aurait eu davantage si la criminalité des allemands et des japonais s'était limitée au crime de guerre proprement dit, à l'exclusion du crime contre la paix (ou crime de la guerre) et du crime contre l'humanité (crime sans lien direct avec la guerre). Le régime concentrationnaire et la terreur qui en résultait - phénomènes indépendants de la conduite des hostilités -, ont probablement plus fait que les exécutions d'otages et autres "crimes dans la guerre", pour affirmer la détermination des Alliés de ne laisser aucun crime impuni. Si

-
- 1) Tribunal Militaire britannique de Hambourg, Heinz Eck, 20.10.45 (aff. du Peleus-Law Reports, Vol. I, p. 12) ; Tribunal Militaire américain de Nuremberg, 4.12.47 ; Joseph Altstötter et autres (Procès des magistrats) Law Reports, Vol. VI, p. 41 ; voir aussi Cour spéciale de cassation des Pays-Bas, 12.1.49 ; Hans Rauter (Law Reports, Vol. XIV, p. 118, sp. 120) et Law Reports, Vol. XV, p. 170 ;
 - 2) Descheemaeker "Le jugement des grands criminels de guerre" (RGDIP., 1946, p. 210) ;
 - 3) J. Graven, op. cit. (RDS., 1951, p. 377) ;
 - 4) comp. P. Boissier, L'épée et la balance, p. 28.

les crimes de guerre avaient été les seuls en cause, l'argument n'aurait-il pas fait reconsidérer la question de leur légalité, même dans l'hypothèse d'une capitulation inconditionnelle ? Il est permis de le penser, non que les Puissances victorieuses se soient abstenues en pareil cas de toute répression, mais parce que les critères d'appréciation de leurs tribunaux auraient d'emblée été plus précis et plus équitables et moins sujets aux différences sensibles qu'on a pu constater d'un pays à l'autre.

Cependant, et c'est ce qui paraît inquiétant lorsqu'on invoque la culpabilité du prévenu pour lui dénier le droit à être jugé en vertu d'une loi antérieure à son acte, la gravité des faits semble justifier les entorses aux principes les mieux établis. Jamais, dans un droit évolué, le législateur ne se sent autorisé à rendre la procédure plus sommaire et à laisser de côté des règles fondamentales lorsque l'infraction est un crime au lieu d'être un simple délit. Bien au contraire. Et si des formes plus expéditives peuvent être admises lorsque le tribunal statue en temps de guerre, ou juge des actes qui, s'ils ne sont pas réprimés avec rapidité et sévérité, peuvent mettre en danger la sécurité de l'Etat dans un avenir immédiat, on ne saurait invoquer les mêmes motifs lorsque les hostilités sont terminées et l'ennemi réduit à merci.

Toute loi pénale doit réaliser un compromis entre la nécessité de défendre l'ordre social et l'obligation de respecter les droits de l'individu, à commencer par sa liberté. Quelle que soit l'habileté du législateur, il y aura toujours des coupables en liberté, car la loi ne saurait tout prévoir. Mais le souci de préparer un instrument de répression efficace ne peut l'inciter à sacrifier des garanties individuelles telles que la présomption d'innocence du prévenu ou la règle de la non-rétroactivité, sans le faire tomber dans l'arbitraire.

Il en va de même en ce qui regarde les crimes de guerre. La justice n'est pas divisible, quelle que soit l'horreur des forfaits dont on la saisit et l'indignité de ceux qui comparaissent devant elle. Ou sinon, elle n'est pas la justice.

c) En conséquence, ni l'indétermination qui règne dans maints domaines du droit international, ni l'ampleur et le nombre des crimes commis, ne permettent, à notre sens, de dire que le principe de la légalité des délits et des peines est inapplicable en droit international, et singulièrement dans la répression des crimes de guerre. Dès le moment où l'on admet que le droit international impose des obligations aux individus et non seulement aux Etats, et que ces obligations individuelles peuvent être assorties de sanctions pénales, on suppose l'organisation d'un système répressif dont aucun élément essentiel ne peut être absent. Il est clair que la maxime "Nullum crimen sine lege" est l'une des pièces maîtresses de cet édifice, même lorsque le droit international est appliqué aux prévenus. Il n'est pas pos-

sible de punir un individu qui ne pouvait apercevoir au moment d'agir le caractère délictueux de son acte, même si ce caractère délictueux dépend du droit international. Le principe "Nullum crimen ..." est par définition la réaction contre l'arbitraire. C'est la garantie essentielle de la liberté individuelle, car "la responsabilité pénale suppose une certaine conscience du mal commis et du châtiement encouru" (1).

Mais - et c'est là une autre question -, "il est néanmoins vrai qu'une telle conscience n'était pas incontestablement étrangère aux auteurs (des crimes de guerre)" (2).

En d'autres termes, on doit admettre que le principe suivant lequel la loi ne doit pas frapper sans avertir s'applique aussi dans l'hypothèse où l'élément légal du délit revêt un certain caractère international, comme c'est le cas notamment pour l'Ordonnance française du 28 août 1944. Mais on ne saurait nier que la plupart, sinon tous les accusés aient su, ou dû savoir, au moment de leur acte, qu'ils agissaient au mépris des lois et coutumes de la guerre. Le gardien de camp allemand qui abattait un prisonnier de guerre sous le fallacieux prétexte de la tentative d'évasion, ne pouvait ignorer le caractère criminel de son acte. Et l'impunité provisoire que pouvaient lui assurer les autorités de son pays, peu respectueuses des traités internationaux, ne suffisait pas à lui faire croire qu'il ne serait jamais puni.

Les poursuites pénales dont il a été l'objet n'ont donc pas réalisé pour lui un complet effet de surprise. Si confusément que ce soit, il devait s'attendre à une sanction.

Cette constatation, jointe au fait non moins indiscutable que nombre de violations des lois et coutumes de la guerre n'étaient cependant pas punies en droit interne, amène à poser la question principale :

2.- Dans quelle mesure l'Ordonnance du 28 août 1944 est-elle en contradiction avec la règle de la non-rétroactivité des lois pénales ?

La maxime "Nullum crimen, nulla poena sine lege" étant applicable même si le droit international est en cause comme c'est le cas dans la législation française, doit-on considérer que l'Ordonnance de 1944 viole les principes qui s'en dégagent, ou la référence de l'art. 1er au droit commun suffit-elle à écarter complètement le grief de rétroactivité ?

1 et 2) Donnedieu de Vabres, op. cit. (RDPC., Juillet 1947, p. 816.

a) La loi nouvelle rétroagit, a-t-on dit, tout d'abord, mais elle ne viole cependant pas le principe de légalité des délits et des peines, car elle n'est que l'expression du droit international déjà existant.

C'est l'argument le plus communément avancé, notamment dans le groupe des lois anglo-saxonnes où les lois et coutumes de la guerre sont l'unique base de l'accusation.

Bien que les lois en matière de crimes de guerre visent des faits évidemment antérieurs à leur promulgation, elles n'innoveraient donc pas. En effet, le mouvement de codification du droit de la guerre a, comme on l'a vu (1), commencé près d'un siècle avant le début de la 2ème guerre mondiale. Les traités internationaux qui ont été conclus après les premières tentatives de réglementation interne aux Etats-Unis (1863) et en Allemagne (1902) notamment, ont formulé des règles de conduite qui représentent une fixation du droit des gens dans ce domaine particulier. Ces règles s'expriment tantôt sous la forme de principes généraux comme l'art. 46, al. 1, de la Convention de La Haye de 1907 sur les lois et coutumes de la guerre (L'honneur et les droits de la famille, la vie des individus, ainsi que les convictions religieuses et l'exercice des cultes, doivent être respectés), tantôt par des interdictions précises comme l'art. 46, al. 2, (La propriété privée ne peut être confisquée) ou l'art. 47 (Le pillage est formellement interdit). On ne saurait nier qu'elles soient claires, concises et faciles à reconnaître, pour n'importe quel soldat.

En outre, les violations de ces lois écrites ont fait l'objet de listes détaillées, comme celle que la Commission des Responsabilités a dressée en 1919, où figurent également un grand nombre d'actes de même nature considérés comme des violations de règles coutumières.

Enfin, les Puissances victorieuses, après la guerre de 1914-18, avaient clairement fait connaître au gouvernement allemand leur détermination d'assurer la sanction effective de ces crimes. Le Traité de Versailles s'exprimait à ce sujet sans équivoque et les poursuites qui eurent lieu devant les Tribunaux français notamment, puis devant la Cour suprême allemande de Leipzig elle-même, ne pouvaient non plus laisser de place au doute.

La situation du droit international au début de la 2ème guerre mondiale révélait, par conséquent, sinon un état de maturité analogue à celui des systèmes répressifs internes, du moins une structure suffisamment évoluée pour que les membres des armées engagées dans une guerre ne puissent se prévaloir d'une complète licence d'agir comme bon leur semblait.

On ne saurait, en revanche, accorder d'importance

1) cf. ci-dessus, p. 11 ;

sous ce rapport aux avertissements lancés par les Alliés au cours des hostilités pour mettre en garde les officiers et soldats ennemis contre les châtiments qui les attendaient. Il est clair que de telles déclarations ne pouvaient être destinées qu'à l'usage interne, c'est-à-dire à la réaffirmation des buts de guerre déjà maintes fois définis. Et même si les soldats allemands en avaient effectivement eu connaissance, il est douteux que ces menaces de sanctions puissent être assimilées aux définitions précises d'un code pénal.

La thèse du droit international préexistant a donc été celle de la plupart des textes répressifs d'après-guerre. Ainsi, le Tribunal Militaire International de Nuremberg déclarait-il "Le Statut ne constitue pas l'exercice arbitraire, par les nations victorieuses, de leur suprématie. Il exprime le Droit international en vigueur au moment de sa création ; il contribue, par cela même, au développement de ce droit" (1). De même, le Tribunal Militaire américain siégeant également à Nuremberg déclare "Les crimes définis dans la Loi No 10 que nous avons citée (2) sont des crimes punissables d'après les règles du droit international déjà existantes provenant les unes du droit coutumier, les autres du droit résultant des conventions internationales". Et les juges des Etats-Unis ajoutent, après avoir cité divers articles de la Convention de La Haye de 1907 repris dans la Loi No 10 : "Nous pouvons donc conclure que le droit international préexistant a déclaré que les actes constituant les crimes dont il est fait grief aux accusés et que mentionne la Loi No 10 du Conseil de Contrôle sont illégaux à la fois d'après les traités internationaux et les lois et coutumes de la guerre sur terre qui se sont transformés en usages reconnus auxquels les belligérants sont tenus de se soumettre" (3). La même juridiction a confirmé cette manière de voir dans un autre arrêt : "Le principe de base mentionné plus haut n'est que déclaratif de droit dans le domaine international" (4).

Cette idée a également été soutenue en France. Dans l'arrêt Paarmann déjà cité, le Conseiller rapporteur déclare, en effet, après avoir montré que les lois écrites du droit de la guerre ont été conçues pour régir la conduite des Etats, plutôt que celles des individus. "Il n'en reste pas moins que les Conventions

1) Procès, Tome I, p. 230 ;

2) cf. ci-dessus, p. 73 ;

3) Tribunal Militaire américain de Nuremberg, 19.2.48 ; List - Law Reports, Vol. VIII, p. 53 (Traduction CICR, p. 12) ;

4) Tribunal Militaire américain de Nuremberg, 27.10.48 ; Leeb - Law Reports, Vol. XII, p. 61 (trad. CICR, p. 19).

de La Haye de 1899 et 1907 et les Conventions analogues (Convention de Genève de 1864, Convention de St Petersburg de 1868, etc.) ont défini, quant à la conduite de la guerre, des règles qui fixent sur ces questions l'état du droit international positif de telle sorte que les actes commis contrairement à ces règles ne peuvent se réclamer de la justification de la guerre" (1).

b) On a dit également - et ce second argument est valable exclusivement pour les lois de crimes de guerre qui font également application du droit interne - que la plupart des faits de guerre sont déjà prévus par le droit commun, soit qu'ils y fassent l'objet d'incriminations formelles, soit qu'ils puissent être calqués avec plus ou moins d'exactitude sur des dispositions internes de nature voisine.

"... il (le crime de guerre) constitue une infraction - meurtre, assassinat, séquestration, pillage, incendie - , dont le principe est prévu par le droit commun et qui est punie par les lois pénales ordinaires. Sa répression constitue donc la mise en oeuvre d'une législation préétablie, qu'il s'agit simplement d'appliquer aux circonstances particulières de la cause, et cette répression n'encourt ainsi pas le reproche d'attenter au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale..." (2). Les crimes de guerre étaient donc considérés comme illégaux au moment où ils ont été commis "non seulement par la conscience universelle, mais aussi par les législations des pays civilisés"(3). Les faits de guerre sont prévus et punis par le droit commun des Etats.(4). Et s'ils n'ont pas été définis jusqu'alors avec plus de précision et de détails, "c'est seulement parce que le législateur avait l'esprit moins inventif que les auteurs desdits crimes" (5). L'Ordonnance française ne pourrait donc être taxée de loi "ex post facto", car elle se fonde "d'une part, sur les règles du droit international inscrites dans les différentes conventions internationales qui ont essayé de codifier les lois et coutumes de la guerre, règles qui existaient avant la guerre de 1939, et d'autre part, elle repose avec les assimilations nécessaires, sur les règles du droit pénal français antérieures, elles aussi, à la guerre" (6).

1) Cass. crim. 21.4.50 ; Paarmann et autres, Rapport Pépy (DJ. 1950, 314) ;

2) Graven J., Chronique Suisse, VII. Les procès de crimes de guerre suisses. N. 1, p. 489 ;

3) S. Glaser, op. cit. (RDFC. 1947, Déc., p. 230) ;

4) Donnedieu de Vabres, op. cit. (RDFC. Juillet 1947, p. 813) ;

5) Glaser, *ibid.* ;

6) Rapport Pépy Cass. crim. 21.4.50, arrêt cité ;

Jusqu'à quel point cette argumentation est-elle convaincante ?

La restriction qui est faite au sujet des "assimilations nécessaires" démontre à elle seule que les assises de l'Ordonnance du 28 août 1944 dans le droit commun ne sont pas inconditionnelles, ni par conséquent, d'une solidité absolue dans tous les cas.

Il est clair que la règle de la non-rétroactivité sera respectée là où le droit commun pourra être appliqué sans modification, mais chaque fois qu'une disposition spéciale de l'Ordonnance de 1944 sera nécessaire pour assurer la répression d'un fait de guerre déterminé, elle n'échappera pas au grief de la rétroactivité, sinon de l'arbitraire.

On peut, sous ce rapport, diviser les violations du droit des gens en deux catégories principales suivant qu'elles font ou non l'objet d'incriminations expresses dans le droit interne. Dans le premier cas, aucune disposition interprétative ne sera nécessaire, puisque le droit commun est immédiatement applicable. Dans le second, en revanche, certains aménagements seront indispensables.

Ainsi résumé, le problème qui se posait aux auteurs de l'Ordonnance du 28 août 1944 pouvait, semblait-il, être résolu en un seul article. Par souci de précision, et dans le dessein également de montrer aux Tribunaux Militaires qui allaient juger les crimes de guerre l'étendue des possibilités de répression résultant du droit commun, le législateur d'Alger a procédé en deux étapes :

Après avoir dépeint à l'art. 1er, al. 1, le crime de guerre comme une infraction de droit commun, il a, en effet, éprouvé le besoin de rappeler tout d'abord dans un alinéa 2 aux juges militaires l'existence d'une série de dispositions du Code pénal et du Code de Justice Militaire dont la violation pouvait constituer des crimes de guerre :

"Sont notamment poursuivies, conformément aux dispositions ci-dessus, lorsqu'elles ont été commises dans les circonstances prévues par l'alinéa 1er du présent article, les infractions prévues et punies par les articles 92, 132, 265 et suivants, 295, 296, 301, 302, 303, 304, 309 à 317, 332, 334, 341, 342, 343, 344, 379, 400, 434 à 459 du Code pénal et les articles 214, 216, 221 et suivants du Code de Justice Militaire".

Rappelons que l'art. 92 a trait au recrutement illégal de la force armée, l'art. 132 à la fausse monnaie, les art. 265 et suivants à l'association de malfaiteurs. Les art. 295 et 296 concernent respectivement le meurtre et l'assassinat, l'art. 301, l'empoisonnement, les art. 302 à 304 les circonstances aggravantes de tortures, d'actes de barbarie et de meurtre. Les

art. 309 à 317 visent les blessures et coups volontaires non qualifiés meurtre, y compris l'avortement, les art. 332 et 334, le viol et le proxénétisme, les art. 341 à 344 les arrestations illégales et séquestrations de personnes, l'art. 379, le vol, l'art. 400, l'extorsion et le chantage, les art. 434 à 459, les destructions, dégradations et dommages, y compris le pillage.

L'art. 214 du Code de Justice Militaire punit les réquisitions abusives ou illégales, l'art. 216, le fait de dépouiller un militaire blessé, malade ou mort et les art. 221 et suivants, le pillage (réprimé plus sévèrement que dans le Code pénal), la dévastation d'édifice et la destruction de matériel militaire.

Mais le législateur ne s'est pas contenté d'indiquer aux juges militaires à quelles dispositions du droit commun ils pouvaient, entre autres, avoir recours lorsque les faits poursuivis répondraient pour le surplus aux conditions fixées par l'art. 1er, al. 1. En effet, il a jugé utile d'interpréter spécialement à l'art. 2 quelques-uns des textes cités à l'art. 1er, al. 2 :

"Par interprétation des dispositions du Code pénal et du Code de Justice Militaire, sont considérés comme :

1. Le recrutement illégal de la force armée prévue par l'art. 92 du Code pénal : tout enrôlement par l'ennemi ou ses agents ;
2. L'association de malfaiteurs prévue par les art. 265 et suivants du Code pénal : les organisations ou entreprises de terrorisme systématique ;
3. L'empoisonnement prévu par l'art. 301 du Code pénal : toute exposition dans les chambres à gaz, tout empoisonnement des eaux ou denrées consommables, ainsi que tout dépôt, aspersion ou utilisation de substances nocives destinées à donner la mort ;
4. L'assassinat prévu par l'art. 296 du Code pénal : la mise à mort par représailles ;
5. La séquestration prévue par les art. 341, 342 et 343 du Code pénal : le travail obligatoire des civils et la déportation sous quelque motif que ce soit, d'un individu détenu ou interné sans qu'une condamnation régulière au regard des lois et coutumes de la guerre ait été définitivement prononcée à son encontre ;
6. La séquestration prévue par les alinéas 1 et 2 de l'art. 344 du Code pénal : l'emploi à des oeuvres de guerre de prisonniers de guerre ou de civils requis ;
7. La séquestration prévue par le dernier alinéa de l'art. 344 du Code pénal : l'emploi de prisonniers de guerre ou de civils à des fins de protection de l'ennemi ;
8. Le pillage prévu par les articles 221 et suivants du Code de Justice militaire : l'imposition d'amendes collectives, les réquisitions abusives ou illégales, les confiscations ou spoliations, l'emport ou l'exportation

hors du territoire français, par tous moyens des biens de toute nature, y compris les valeurs mobilières et la monnaie".

Ce tableau de concordance entre les faits de guerre et les dispositions du droit interne mérite de retenir l'attention à plus d'un titre.

On notera, tout d'abord, que les dispositions du Code pénal concernant la fausse monnaie, le meurtre, les circonstances aggravantes de tortures, d'actes de barbarie et de meurtre, les coups et blessures volontaires non-qualifiés meurtres, les délits de mœurs, le vol, l'extorsion et le chantage, les destructions et le pillage au sens des art. 434 et suivants, de même que les réquisitions abusives ou illégales de l'art. 214, du Code de Justice Militaire, et le fait de dépouiller un militaire blessé, malade ou mort (art. 216, CJM), ne font l'objet d'aucune interprétation à l'art. 2.

Le législateur les a donc considérées comme applicables immédiatement lorsque les infractions poursuivies auraient été commises dans les circonstances prévues à l'art. 1er, al. 1, soit, entre autres choses, lorsqu'elles n'auraient pas trouvé de justification dans le droit de la guerre. Il semble, en effet, assez évident que des infractions comme les délits de mœurs ou le chantage relevaient si étroitement du droit commun qu'il était superflu d'en faire autrement mention lorsqu'elles pourraient être qualifiées également de crimes de guerre.

Quant aux dispositions concernant le pillage, les réquisitions abusives ou illégales ou le fait de dépouiller un militaire blessé, malade ou mort, on se trouvait en présence de la première catégorie de violations du droit international mentionnée plus haut. En effet, les interdictions précises du droit international avaient déjà fait l'objet des incriminations correspondant dans le droit interne. C'est ainsi que le délit de réquisitions abusives ou illégales de l'art. 214 CJM pouvait être considéré comme l'incrimination en droit interne de l'interdiction figurant à l'art. 52, al. 1, du Règlement de La Haye. De même, le crime de pillage de l'art. 221 CJM était le correspondant en droit commun des règles des art. 28 et 47 RGT. On observera d'ailleurs que le législateur n'a pas dressé une liste exhaustive des violations du droit international passées dans le droit interne. Il s'est ainsi abstenu de mentionner la violation d'une trêve ou d'un armistice (art. 215 CJM) et l'usurpation du signe de la Croix-Rouge (art. 241 CJM), qui ne paraissaient pas devoir retenir fréquemment l'attention des Tribunaux (1).

Dans ces cas, le grief de rétroactivité était évidemment sans objet.

1) comp. cependant Law Reports, Vol.XV, p. 131 et 135 ;

A l'exemple du Code de Justice Militaire français, la plupart des codes nationaux contenaient d'ailleurs au début de la guerre de 1939 quelques dispositions - généralement en petit nombre - qui assuraient ainsi par avance la sanction interne des faits de guerre contraires au droit international. Ainsi, le Code pénal Militaire allemand de 1940 punissait-il, à l'art. 129, le pillage, à l'art. 132, la dévastation et à l'art. 134, le détournement de cadavres (1).

En outre, la plupart des armées avaient résumé dans des ordres généraux les principales règles concernant la conduite de la guerre.

Ce sont les Manuels Militaires.

La France en possédait déjà un en 1884 (Manuel de droit international à l'usage des officiers de l'armée de terre) (2). La Grande-Bretagne avait également fait rédiger le sien par Edmonds et Oppenheim en 1912 (3). Les Etats-Unis avaient déjà fait diffuser en 1863 dans l'armée les instructions rédigées par Francis Lieber (4). L'Allemagne avait adopté un document analogue en 1903 (5).

Il convient d'ajouter dans ce dernier cas pour l'exacte compréhension de la situation des accusés allemands de crimes de guerre, que le Haut Commandement allemand avait même pris soin de faire un extrait d'un ordre de service destiné aux unités de l'armée en temps de guerre généralement connu sous le titre des "Dix commandements du soldat allemand". Ce document, dont la diffusion ne paraît cependant pas avoir été assurée d'une manière uniforme, contenait une série d'interdictions conformes aux prescriptions les plus importantes du droit de la guerre et, notamment, de la Convention de La Haye de 1907 et des Conventions de Genève de 1929. Etaient prohibés les actes de cruauté, les actes de destruction non-motivés, les combats sous un déguisement civil, la mise à mort d'un adversaire qui s'est rendu, même s'il s'agit d'un espion ou d'un franc-tireur, les mauvais traitements et les insultes à l'encontre des prisonniers de guerre, l'emploi des balles dum-dum, les opérations militaires diri-

-
- 1) comp. Code pénal militaire italien, art. 165-236 ; Code pénal militaire suisse, art. 109-114 ;
 - 2) cf. également Jacomet "Les lois de la guerre continentale", 1913, 4ème éd. et Instruction Française sur le service en campagne, Annexe No 1 à l'Instruction du 12.8. 1936 sur l'emploi tactique des grandes unités - Ch. Lavauzelle - 1939, cité par R. de la Pradelle, op. cit. Ecrits de Paris, mai 1951, p.77 ;
 - 3) British Manual of Military Law ;
 - 4) United States Basic Field Manual F.M. (Rules of Land Warfare) ;
 - 5) Kriegsbrauch im Landkriege, trad. Carpentier, 1903 ;

gées contre des personnes ou des objets protégés par la Croix-Rouge, les brutalités exercées contre les blessés, le fait d'empêcher le personnel sanitaire d'exercer ses fonctions, les mauvais traitements des populations civiles, la violation des territoires neutres (1).

Sans doute, ne s'agit-il que d'un ordre général et non de dispositions du droit pénal militaire proprement dit. On ne saurait donc lui attribuer la même valeur qu'aux divers articles du Code de Justice Militaire français ou du Code pénal militaire allemand déjà cités.

L'argument du droit commun préexistant est du moins pleinement valable pour les quelques violations du droit des gens qui font l'objet de définitions légales et sont assorties de sanctions en droit interne. Aussi, la loi nouvelle qui permet aux Tribunaux nationaux de se saisir de ces infractions sous la qualification de crime de guerre ne peut-elle être taxée de loi d'incrimination à l'égard de ces infractions particulières. Tant qu'elle ne modifie pas le champ d'application ou le montant de la peine prévue, elle demeure dans les limites d'une simple loi de compétence. On s'accorde généralement à admettre que la règle de non-rétroactivité ne s'applique pas aux lois de forme (2).

c) Mais l'exacte conformité de l'Ordonnance du 28 août 1944 avec le principe de la légalité des délits et des peines s'arrête là. En effet, quel que soit l'angle sous lequel on les considère, les dispositions de l'art. 2 heurtent d'une manière ou d'une autre la règle "Nullum crimen, nulla poena sine lege".

aa) On doit observer tout d'abord qu'elles ajoutent aux faits déjà prévus par le Code pénal et le Code de Justice Militaire une série d'agissements tout à fait nouveaux au regard du droit interne (3). Ce faisant, elles consacrent une application du raisonnement par analogie, que prohibe généralement le principe suivant lequel on ne peut suppléer à la loi pénale. "Ici, tout est de droit strict, la prohibition existe ou n'existe pas, l'acte est défendu ou ne l'est pas" (4). Il est clair que ni la déportation, ni le terrorisme systématique, ni l'emploi de prisonniers de guerre à des fins de protection de l'ennemi, n'étaient prévus et punis par une loi pénale française au moment où les inculpés de crimes de guerre avaient agi. Le procédé ne serait guère blâmable si le législateur s'était borné à une interprétation "intra legem", c'est-à-dire à étendre les incriminations de la loi pénale à des

1) "Deutsches Recht", 1944, p. 867 ;

2) Donnedieu de Vabres, Traité, p. 912 ;

3) cf. P. Boissier, L'épée et la balance, p. 27 ;

4) Chauveau et Hélie, Théorie du Code pénal, 6ème éd. 1887, T.I. No 25, p. 43.

faits que le législateur ne pouvait prévoir au moment où la loi interprétée avait été promulguée. On conçoit que le détournement d'électricité puisse être puni comme vol. Mais il apparaît au contraire que les auteurs de l'Ordonnance de 1944 sont résolument sortis du cadre légal des dispositions interprétées. Les assimilations opérées entre les faits de guerre et les divers articles du Code pénal et du Code de Justice Militaire interprétés ont eu lieu "extra legem". Il ne s'agit plus, à proprement parler, d'interprétation, mais de "création analogique" (1). Rien ne permet de penser de toute évidence que le législateur de 1810 ait voulu sanctionner l'exposition dans les chambres à gaz en prévoyant à l'art. 301 du Code pénal le crime d'empoisonnement. Sous ce rapport, l'Ordonnance du 28 août 1944 viole très certainement la maxime "Poenalia sunt restringenda".

Pourtant, la plupart des faits ainsi prévus et rendus punissables sont trop évidemment criminels pour qu'on puisse s'arrêter à des objections tirées du seul droit interne. On ne saurait donc se dispenser, pour un juste éclairage des choses, de confronter ici les interdictions du droit international avec les incriminations du droit interne.

En ajoutant au droit commun, des dispositions pénales qui ne s'y trouvaient pas au début de la guerre, les auteurs de l'Ordonnance de 1944 ont, sans doute, introduit des incriminations rétroactives dans l'arsenal législatif en vigueur. Ils n'ont cependant pas fait oeuvre complètement novatrice, car nombre d'actes ainsi rendus punissables étaient déjà l'objet d'interdictions formelles et précises en droit des gens. Dans plusieurs cas - sinon dans tous - l'Ordonnance de 1944 a donné aux Tribunaux la possibilité de punir là où le droit international exprimait une règle expresse à laquelle ne correspondait cependant pas d'incrimination précise en droit interne.

En effet, chaque fois qu'elle assortit d'une peine des interdictions du droit international écrit ou coutumier qui en étaient jusque là dépourvues, l'Ordonnance n'introduit pas des sanctions complètement inattendues (2). Là aussi, la règle internationale préexiste, qu'il s'agisse d'une loi écrite ou d'une coutume dont la force obligatoire soit universellement reconnue. L'interdiction était donc bien antérieure à la violation. Seule la menace d'une peine précise faisait défaut. Il est vrai qu'en comblant cette lacune, la loi interne rétroagit. Mais dans la mesure où le droit international impose une responsabilité pénale à l'individu, on ne saurait dire que l'acte qu'elle sanctionne était licite au

- 1) J. Graven, op. cit. (Revue pénale suisse, 1951, 377) ; comp. A. Jost "Zum Analogieverbot im Strafrecht" (Revue pénale suisse, 1950, p. 358) ;
- 2) P. Boissier "L'épée et la balance", p. 27 ;

moment où l'auteur poursuivi avait agi (1).

Il est impossible d'admettre en pareil cas que le silence du droit commun interne au moment des faits puisse conférer un caractère licite à un acte expressément interdit par le droit international. Le principe de la primauté du droit international sur le droit interne trouve ici sa meilleure justification.

Comment pourrait-on considérer, par exemple, que le fait "de forcer les nationaux de la Partie adverse de prendre part aux opérations de guerre dirigées contre leur pays, même dans le cas où ils auraient été à son service avant le commencement de la guerre" (art. 23, al. 3, du RGT) puisse être traité comme un acte licite parce que le droit interne ne contient pas d'incrimination exactement correspondante ? L'assimilation opérée par l'art. 2, ch. 1, de l'Ordonnance de 1944 avec le recrutement illégal de la force armée prévu à l'art. 92 du Code pénal, semble ici parfaitement justifiée.

On peut en dire autant des autres assimilations grâce auxquelles ont été assortis de sanctions en droit interne, des interdictions manifestes du droit international (art. 2, ch. 5, 6 et 7) (2). Dans le cas de l'art. 2, ch. 3, il était presque superflu de préciser que ces diverses méthodes d'extermination étaient punissables. Mais la nouveauté et la diversité des moyens employés dans les camps de concentration allemands pour donner la mort pouvaient rendre des précisions souhaitables. On remarquera en passant que l'usage du napalm très répandu dans les armées modernes pourrait tomber sous le coup de l' "aspersion ou utilisation de substances nocives destinées à donner la mort", s'il ne s'agissait pas d'un moyen de combat. Il reste néanmoins à savoir s'il ne s'agit pas là d'une "matière propre à causer des maux superflus" (art. 23e RGT).

En revanche, le cas de l'art. 2, ch. 8, pourrait justifier quelques réserves. Sans doute, le pillage est-il prévu aussi bien dans la Convention de La Haye que dans les droits internes. Aussi, n'est-ce pas la notion même de pillage qui est ici en cause, mais bien les autres atteintes à la propriété qu'on a cherché à lui assimiler d'une manière quelque peu critiquable. Tout d'abord, l'imposition d'amendes collectives prévue par l'art. 50 RGT. n'est pas interdite comme telle, mais on peut supposer qu'en visant cette règle, l'Ordonnance de 1944 a entendu tenir compte également du fait que la violation n'existe pas lorsque

1) P. Guggenheim, Lehrbuch, T. II, p. 583 et s.; comp. Boissier, op. cit. p. 68-9 ;

2) comp. art. 46 et 52 RGT ; art. 2 et 31, CPG. 1929 ;

les amendes sont édictées contre des populations à raison de faits individuels dont elles pourraient être considérées comme "solidairement responsables" (1).

Mais pourquoi a-t-on jugé nécessaire d'interpréter l'art. 221 CJM. pour en étendre l'application aux réquisitions abusives ou illégales déjà prévues par l'art. 214 CJM, lui-même visé à l'art. 1er, al. 2, de l'Ordonnance ? Si le fait de prévoir une sanction rétroactive pour des violations du droit international pouvait déjà sembler faire bon marché de la règle "Nulla poena sine lege", était-il vraiment indispensable de prendre une nouvelle liberté avec cette maxime fondamentale en modifiant, à titre rétroactif également, la peine que prévoyait déjà le droit commun interne pour une règle de droit international ? La différence est sensible puisque l'art. 214 CJM. ne prévoit qu'une peine d'emprisonnement, voire de réclusion s'il y a eu violence, alors que l'art. 221 punit le pillage des travaux forcés à perpétuité, par exemple, lorsque les auteurs étaient armés.

On peut, à bon droit, se demander si cette extension du champ d'application de l'art. 221 CJM était réellement justifiée par le souci qu'a probablement eu le législateur de rendre possible la répression des multiples formes de pillage économique organisé sur une grande échelle par les occupants allemands.

Quoi qu'il en soit, on se trouve encore ici en présence d'interdictions précises du droit international. Même si le législateur de 1944 a parfois aggravé des peines qui étaient déjà plus sévères que celles du code pénal, les assimilations qu'il a prévues correspondaient néanmoins en droit international à des règles écrites et le plus souvent indiscutées.

bb) Il en va tout autrement pour les ch. 2 et 4 de l'art. 2 de l'Ordonnance française.

Lorsque la loi nouvelle assimile les "organisations ou entreprises de terrorisme systématique" au crime d'association de malfaiteurs de l'art. 265 du Code pénal, elle ne vise nullement une interdiction du droit international préexistant à laquelle correspondrait une incrimination précise en droit interne. Elle n'assortit pas non plus d'une sanction une règle écrite ou coutumière du droit des gens qui en aurait jusque là été dépourvue. En effet, elle permet au juge de donner à l'art. 265 du Code pénal une interprétation extensive qui sort manifestement du cadre légal prévu par le législateur de 1810 (2) et

1) Boissier, op. cit. p. 27-8 ;

2) M. Rousselet et Patin - Précis de droit pénal spécial, Sirey, 1950, No 306, p. 175 ; E. Garçon, Code pénal annoté, Sirey, 1901-06, art. 265, p. 635 ; comp. C. Haensel "Das Organisations-verbrechen".

qui ne trouve aucun appui dans le droit international tel qu'il existait au début de la 2ème guerre mondiale. On sait, en effet, que les organisations de terrorisme visées par le texte français de 1944 étaient constituées par les divers corps policiers ou militaires généralement connus sous le nom de SS, et Gestapo. Loin de s'être formés dans la clandestinité, en marge de la société, ces groupements étaient, au contraire, les principaux supports du régime nazi. L'analogie entre ces formations et les bandes de malfaiteurs de l'art. 265 du Code pénal ne pouvait donc résider que dans le caractère criminel des buts poursuivis. En d'autres termes, il aurait fallu qu'en s'affiliant avant ou pendant la guerre aux SS ou à la Gestapo, l'individu accusé en vertu de l'Ordonnance de 1944 ait pu savoir que l'association à laquelle il donnait son adhésion était formée en vue d'attentats contre les personnes ou les propriétés. Il est, au contraire, de notoriété publique que les SS étaient considérés en Allemagne comme des unités d'élite.

Dans le cas de l'association de malfaiteurs, les attentats que ses membres se proposent de perpétrer sont expressément qualifiés de crimes ou de délits dans une loi pénale commune. Dans le cas des organisations ou entreprises de terrorisme, les atrocités commises par les adhérents trouvaient sans doute une sanction dans le domaine du droit interne des pays occupés, mais ne correspondaient le plus souvent à aucune interdiction précise dans celui du droit des gens.

C'est la raison pour laquelle ces organisations ont été mises en accusation comme telles devant le Tribunal Militaire International de Nuremberg qui les a déclarées criminelles conformément aux art. 9 et 10 du Statut de Londres (1). Sans entrer dans le détail du mécanisme de ces déclarations de criminalité, il suffira de constater ici que la décision qui a permis de considérer comme criminels les buts des organisations condamnées à Nuremberg est postérieure à l'Ordonnance française de 1944. On ne saurait dire au surplus qu'elle revête un véritable caractère international, puisque la juridiction établie par les Puissances victorieuses ne pouvait prétendre exercer d'autre mandat que celui qui résultait du Statut du 8 août 1945.

Le texte français ne pouvait donc puiser dans le droit international des éléments permettant de qualifier de crime de guerre l'affiliation à une organisation comme les SS ou la Gestapo sans échapper au grief de la rétroactivité. D'autre part, il était douteux qu'en l'absence de faits concrets de terrorisme établis à l'encontre des inculpés, l'art. 265 du Code pénal ait été applicable sans l'intervention de l'art. 2, ch. 2, de l'Ordon-

1) Procès, Tome I, p. 13.

nance (1).

La disparité entre le droit international et le droit interne se manifeste encore à l'art. 2, ch. 4, de l'Ordonnance française relative aux crimes de guerre.

En faisant de l'homicide par représailles, un meurtre avec préméditation selon l'art. 296 du Code pénal, le législateur a-t-il entendu condamner la pratique des représailles qui échappait jusqu'ici au domaine du droit, ou seulement l'exercice des représailles illégitimes ? Si, comme il faut le penser, cette assimilation suppose l'illicéité des représailles comme telles, on peut sérieusement mettre en doute le bien-fondé en droit international de l'incrimination qui en résulte.

Aucun texte de droit international conventionnel n'a jamais expressément prohibé les représailles dont la pratique des armées a montré de nombreux exemples. On trouve seulement quelques restrictions au sujet de leur exercice, notamment à l'art. 2 de la Convention de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre où les mesures de représailles à l'égard des prisonniers de guerre sont interdites. Quant à l'art. 50 RGT prohibant les peines collectives édictées contre les populations, "à raison de faits individuels dont elles ne pourraient être considérées comme solidairement responsables", on ne saurait en déduire une interdiction implicite de la prise et de l'exécution des otages ou des prisonniers par représailles comme on l'a déjà vu. Il faut attendre la Convention de Genève No IV de 1949 sur la protection des personnes civiles pour que le droit conventionnel contienne une règle formelle à ce sujet (art. 34).

Encore n'est-il pas certain que sous cette forme absolue, l'interdiction de l'art. 34 puisse prétendre exprimer réellement une règle coutumière dont la force obligatoire soit universellement reconnue. Il s'en faut même de beaucoup si on se

-
- 1) Dans ce sens A. Eiselé "Réflexions sur les procès de criminels de guerre en France" (RDPC. 1950-51, p. 306 et s) ; contra : Memorandum du Prof. A. Gros à la Commission d'enquête des Nations Unies pour les crimes de guerre, 28.3.45 (History of the United Nations War Crimes Commission, London, 1948, p. 291), J.B. Herzog "Les organisations nationales-sociales devant le Tribunal de Nuremberg" (RIDP., 1946, 343) ; Reuter D. 1946, Chron. 77 ; A.M.S. Neave "The Trial of the SS at Nurnberg (RIDP., 1946, 277) ; A. Boissarie, Rapport général sur la répression des crimes nazis contre l'humanité et sur la protection des libertés démocratiques, RIDP., 1947, 11.

reporte à l'état des divers droits nationaux dans ce domaine.

En France, le Code de Justice Militaire est muet sur cette question, mais l'Instruction française sur le service en campagne déjà cité impose, en revanche, au chef de troupe l'obligation "de prendre des otages si l'attitude de la population est hostile...". Le même texte prescrit, il est vrai, qu' "aucune sanction pénale ne doit être appliquée sans jugement préalable rendu dans les formes légales", mais cette règle est tempérée d'une importante réserve puisque sont exceptés "(les) cas de légitime défense ou ... ceux prévus par des consignes générales ou particulières..." (1). On cite même un ordre du Général Leclerc à son entrée à Strasbourg décidant que pour chaque soldat français tué dans la ville "cinq otages allemands seraient fusillés, pris parmi ceux qui ont été désignés par le Général". Et le 24 avril 1945, à la suite d'un attentat commis contre les troupes françaises, quatre otages auraient été passés par les armes à Reutlingen et une amende de 200.000 marks imposée à la ville (2). Sans doute, la majorité de la doctrine condamne-t-elle de tels procédés, mais on ne saurait perdre de vue la pertinente remarque du Prof. Le Fur : "Il est bien évident que la suppression théorique des représailles n'entraînerait pas leur disparition pratique ; elles sont le seul moyen de coercition qui subsiste en temps de guerre" (3).

En Grande-Bretagne, le Manuel Militaire britannique prévoit à son art. 458, Punitons collectives : "Bien qu'il soit interdit d'infliger à la population des punitons collectives pour des actes individuels, à moins que la population puisse être considérée comme collectivement responsable, il peut être nécessaire de recourir à des représailles contre une localité ou un groupement pour des actes commis par ses habitants ou par ses membres qui ne peuvent être identifiés" (4).

Aux Etats-Unis, les Règles sur la conduite de la guerre sur terre, art. 358, lettre d, prévoient également : "Les otages pris et détenus que l'on déclare être destinés à protéger contre des actes illégaux commis par les forces ennemies, ou par les habitants du pays ennemi, peuvent être punis ou mis à mort si les actes illégaux sont néanmoins commis" (5).

-
- 1) Cf. ci-dessus, p. 106, note 2 ;
 - 2) Cf. R. de Geouffre de La Pradelle, op. cit. (Ecrits de Paris, Mai 1951, p. 78 ;
 - 3) Cf. Le Fur, Des représailles en temps de guerre, Paris, 1919 ; P. Boissier, op. cit. p. 125 ;
 - 4) C. Pilloud, La question des otages et les Conventions de Genève, extr. de la RICR. Juin 1950, p. 10 ;
 - 5) Ibid. p. 9 ;

Les Règles américaines stipulent plus loin que les otages devront être traités comme des prisonniers de guerre, ce qui paraît exclure leur mise à mort (1).

Il est bien évident que la mise à mort d'individus qu'on peut presque à coup sûr qualifier d'innocents est en opposition avec les plus élémentaires principes du droit naturel. Ni la morale ni la justice ne peuvent s'en accommoder, quel que soit le biais par lequel on cherche à la faire admettre.

Mais la guerre elle-même n'est-elle pas le phénomène le plus irrationnel qui se puisse concevoir ? Dès lors, comment imaginer qu'une simple interdiction soit de nature à faire cesser effectivement le recours à des mesures telles que la mise à mort d'otages ? Les traités internationaux et les déclarations de bonne volonté n'ont malheureusement pas réussi jusqu'ici à imposer la renonciation à la guerre pour la solution des conflits internationaux. C'est très exactement pour les mêmes raisons que la suppression de la mise à mort d'otages comme ultime moyen pour l'occupant de garantir sa sécurité lorsqu'il n'entend pas reprendre les hostilités contre le pays occupé gardera un caractère théorique. L'art. 34 de la Convention de Genève No IV a donc la valeur d'une profession de foi. Il faut souhaiter qu'aucune occasion ne se présente d'en éprouver la fragilité.

En tout état de cause, l'art. 2, ch. 4, de l'Ordonnance du 28 août 1944 paraît dépourvu de base acceptable en droit international.

Là, force est de reconnaître - si odieuse soit la pratique des otages - que la loi frappe sans avertir. Elle crée des incriminations qui répondent à n'en pas douter aux sentiments d'indignation soulevés par les fusillades de civils innocents qui ont ensanglanté tous les pays occupés par le IIIème Reich, mais qui ne peuvent prétendre au fondement conventionnel ou coutumier sans lequel elles violent évidemment la règle de la non-rétroactivité. Le texte français formule ainsi une sanction interne en invoquant implicitement une règle du droit international coutumier dont le moins qu'on puisse dire est que l'existence et la force obligatoire prêtaient à contestation au début de la 2ème guerre mondiale. La disparité entre le droit externe et le droit interne excède ici le niveau où la règle internationale est simplement dépourvue de sanction en droit interne, puisque c'est la violation du droit de la guerre qui fait elle-même défaut (2).

1) Art. 359 ;

2) Sur le problème de la déportation ; cf. Law Reports, Vol. XV, p. 117-119 ; sur celui des francs-tireurs, ibid. Vol. IV, p. 4 ; V. p. 28, 35 et 52 ; VIII ; p. 34 ; XIII, p. 126.

3.- Conclusion .-

Dans la mesure où les violations du droit international correspondent à des incriminations préexistantes dans le droit commun interne (art. 214 à 216, 221 à 241 du Code de Justice Militaire ; art. 1er, al. 2, de l'Ordonnance du 28.8.1944), le grief d'arbitraire tiré de la rétroactivité est évidemment sans objet.

La poursuite des crimes de guerre n'a pas non plus de quoi surprendre lorsque les faits de guerre qu'elle sanctionne faisaient déjà l'objet d'interdictions non équivoques du droit des gens. Formellement, l'Ordonnance de 1944 viole sans doute la règle de l'art. 4 du Code pénal. Mais on ne saurait dire qu'elle fasse acte d'arbitraire en rendant possible le châtiement des auteurs d'actes expressément condamnés par le droit de la guerre (art. 2, ch. 6, p. ex.).

En revanche, la loi nouvelle produit un effet de surprise beaucoup plus considérable et, par là, critiquable lorsque la règle du droit international dont on entend poursuivre la violation fait défaut ou prête à discussion (art. 2, ch. 4) ou se trouve être elle-même rétroactive (art. 2, ch. 2).

Sous couleur d'interprétation, le législateur de 1944 paraît bien avoir réalisé là un changement du droit (1). L'incrimination rétroactive n'a de support ni en droit interne, car elle sort le plus souvent du cadre légal de la disposition interprétée, ni en droit international, car elle ne correspond pas à des règles du droit des gens existant au début des hostilités.

Les autres lois en matière de crimes de guerre prêtent d'ailleurs le flanc aux mêmes critiques que la loi française.

Ainsi qu'on a pu le voir dans le paragraphe précédent, la plupart des lois du groupe anglo-saxon dans lesquelles le crime de guerre est défini exclusivement comme une violation des lois et coutumes de la guerre prévoient des sanctions pour des règles du droit international dont la force obligatoire est parfois contestable. La Loi No 10 incrimine, par exemple, "l'assassinat d'otages", non sans avoir d'ailleurs prévu auparavant que le crime de guerre pourrait consister exclusivement en un assassinat. Et si d'autres lois du même groupe comme le Décret britannique n'accompagnent pas la définition générale d'une liste d'exemples, la jurisprudence montre que les Tribunaux ont également estimé possible de punir la mise à mort d'otages, en dépit de l'état incertain du droit international et de la position con-

1) Donnedieu de Vabres, Traité, p. 903 ; Bouzat, Traité, No 1529, p. 1029-30.

traire des droits nationaux (1).

Quant aux lois dans lesquelles l'élément légal du crime de guerre est représenté en partie par le droit commun, il est intéressant de constater que si certaines d'entre elles ont eu recours, comme l'Ordonnance française, au raisonnement analogique (2), d'autres cependant ont laissé aux Tribunaux le soin de constater l'existence des règles internationales invoquées par l'Accusation et, si besoin était, d'en apprécier la force obligatoire. Il convient, à cet égard, de faire une place à part au système belge où le crime de guerre consiste dans une double violation du droit interne et du droit international. En effet, la loi belge du 20 juin 1947 paraît sauvegarder au maximum le principe de la légalité des délits et des peines, puisque la référence au droit commun interne préexistant n'implique pas, comme dans le système franco-luxembourgeois, la répression d'infractions à la loi interne qui ne sont pas en même temps des violations de lois internationales écrites ou de règles coutumières universellement reconnues. A l'exemple de l'Ordonnance française, le texte belge permet d'assortir d'une sanction en droit interne des interdictions du droit international qui en étaient jusque là dépourvues. En revanche, il permet au juge d'acquiescer là où l'acte poursuivi en conformité du droit pénal interne, ne constitue pas également une infraction à une règle précise du droit international. Comme on l'a déjà montré, l'art. 3 de la loi du 20 juin 1947 sur l'ordre supérieur accorde, en outre, une situation privilégiée aux exécutants qui conservent le bénéfice du fait justificatif lorsque l'ordre reçu ne constituait pas une violation flagrante des lois et coutumes de la guerre (3).

-
- 1) cf. cependant les jugements rendus par le Tribunal Militaire américain de Nuremberg dans les aff. List (Law Reports, Vol. VIII) et Leeb (Law Reports, Vol. XII) ;
 - 2) Cf. lois norvégienne et néerlandaise déjà citées plus haut ; cf. aussi loi luxembourgeoise, art. 2, où figure une série de dispositions interprétatives semblables à celles de l'ordonnance française du 28 août 1944 ;
 - 3) V. ci-dessus, p. 82.

I.- LE REJET DE LA COMPETENCE JUDICIAIRE ET
LEGISLATIVE DE L'ETAT ENNEMI

1.- Le problème.-

Il convient de relever d'emblée que la compétence législative et judiciaire de l'Etat à l'armée duquel appartiennent les auteurs des faits incriminés, doit être considérée comme la règle et la compétence judiciaire et législative de l'Etat adverse comme l'exception (1).

La loi et les tribunaux nationaux font partie de l'ordre juridique qui s'impose le plus immédiatement aux membres des forces armées. Les juges du pays de l'accusé sont évidemment les mieux placés pour assurer une juste répartition des responsabilités, en tenant compte des institutions et des moeurs locales. En revanche, la loi ennemie est celle qu'il faut éviter de subir, elle rendra presque nécessairement la situation des accusés plus difficile que celle des nationaux. De plus, son choix ne résultera que du hasard des campagnes dans lesquelles les membres des armées sont entraînés, non de leur plein gré, mais sur l'ordre de leurs gouvernements. Et le traitement des inculpés, uniforme sous le régime de la loi nationale, pourra subir des modifications sensibles d'un pays à l'autre si les lois adverses présentent des différences notamment sur la qualification pénale et le montant de la peine.

Mais l'expérience négative des procès de Leipzig après la première guerre mondiale a définitivement discrédité le recours à la compétence judiciaire des Tribunaux nationaux de l'accusé (2). Le petit nombre de personnes poursuivies, l'extraordinaire mansuétude dont ont fait preuve les juges allemands en présence de violations graves du droit international ont fait écarter ce qui demeure néanmoins la juridiction normale de chaque combattant, celle devant laquelle il doit s'attendre à comparaître lorsque sa conduite est contraire au droit.

Le renvoi des individus suspects de crimes de guerre devant les Tribunaux des pays libérés de l'occupation allemande s'inscrivait donc déjà dans l'exceptionnel. Il n'était pas question de faire confiance aux juges allemands. Au surplus, la capitulation inconditionnelle de l'Allemagne mettait la Puissance d'origine des inculpés sous la complète dépendance des Puis-

1) Donnedieu de Vabres, Traité, No 1883, p. 1019 ;

2) cf. ci-dessus, p. 16 .

sances alliées. Aucun Tribunal national n'était apte à fonctionner, à supposer même qu'on eût envisagé d'y avoir recours.

Le problème se limite, par conséquent, au domaine des diverses compétences législatives applicables par les Tribunaux des pays ennemis des Puissances de l'Axe.

Si la compétence des juges naturels des militaires ennemis était écartée, allait-on également faire abstraction de leur loi nationale ?

En effet, l'occupation pour cause de guerre semble, d'après le droit international, créer dans ce domaine un conflit ou tout au moins une concurrence entre la loi de l'Etat occupé et celle de l'Etat occupant. Aux termes de l'art. 43 du Règlement annexé à la IVème Convention de La Haye de 1907, la Puissance occupante est tenue de respecter, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays occupé. Mais le droit international admet que la Puissance occupante légifère et confie l'application de cette législation à ses propres Tribunaux, lorsque la sécurité de l'armée occupante est en jeu, ou lorsque les infractions sont imputables aux membres de cette armée. Dans ce cas, la loi de l'occupant, loi du drapeau, prévaut. Celle du pays occupé lui cède le pas.

Que va-t-il se passer au cas où les anciens occupants après avoir été contraints de quitter le territoire étranger où ils exerçaient l'autorité militaire, puis de capituler, sont entraînés devant les Tribunaux des pays qui se trouvaient sous leur pouvoir ? On imagine bien que la loi de l'Etat poursuivant, qui va coïncider le plus souvent avec celle du lieu de commission du crime, sera la première appliquée, mais on peut se demander cependant jusqu'à quel point il est équitable de faire complètement abstraction de la loi nationale de l'accusé. C'est, en effet, la loi qui régissait tous ses actes au moment où il a agi et si on ne peut nier que la loi de l'Etat occupé soit également demeurée en vigueur en dépit de l'occupation pour cause de guerre, il semble difficile d'écarter purement et simplement la loi du drapeau.

2.- Le droit commun.-

La coutume internationale a pour effet de laisser subsister la souveraineté de l'Etat occupé. L'art. 43 de la Convention de La Haye de 1907 prévoit que l'occupant "prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics, en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays". Les infractions de droit commun commises sur le territoire occupé relèvent de la compétence des Tribunaux de l'Etat occupé.

Toutefois, il est fait exception pour "tous les

faits susceptibles de porter atteinte aux intérêts de l'Etat occupant". Etant entourée d'éléments hostiles, l'armée doit prendre des précautions pour assurer sa protection (1). Elle ne peut se fier pour cela aux juridictions ennemies. Seront donc soumis aux Tribunaux et aux lois de l'Etat occupant : 1. Les individus qui dépendent de l'armée occupante ; 2. Les étrangers, lorsqu'ils auront porté atteinte à la sûreté de cette armée (2).

En France, la compétence judiciaire et législative de la Puissance occupante est régie par l'art. 164 du Code de Justice Militaire de 1928 (modifié par la Loi du 4 mars 1932) : "Sont justiciables des Tribunaux Militaires, si l'armée est soit sur le territoire ennemi, soit sur un territoire étranger dont elle assure l'occupation, ou sur lequel elle exerce un mandat, tous individus inculpés soit comme auteurs, soit comme complices d'un des crimes ou délits punis par les art. 192 à 248 inclus du présent code".

La compétence territoriale des Tribunaux militaires est donc élargie au territoire occupé. Le droit allemand contient d'ailleurs le même principe, mais sans limitation légale aux délits militaires comme la trahison ou l'espionnage. Le code pénal militaire allemand du 10 octobre 1940 prévoyait à son art. 161 qu' "un étranger ou un allemand qui, en territoire étranger occupé par les troupes allemandes commet contre les troupes allemandes ou des membres de celles-ci, ou contre une autorité constituée par l'ordonnance du Führer, un acte répréhensible d'après les lois de l'Empire allemand, sera puni comme s'il avait commis cet acte sur le territoire de l'Empire" (3).

Mais l'Ordonnance du 9 novembre 1944 déjà citée prévoit néanmoins que "les juridictions pénales françaises peuvent connaître de toutes les infractions commises sur le territoire français occupé ou contrôlé par les armées ennemies, quelle que soit la nationalité des auteurs et des victimes et ce, quand bien même les inculpés auraient été jugés définitivement par les Tribunaux allemands ou italiens et, en cas de condamnation, auraient subi ou prescrit leur peine ou obtenu leur grâce" (art. 1er). La juridiction française détermine dans quelle mesure il y a lieu d'imputer sur la peine les sanctions pénales, administratives ou disciplinaires, la détention préventive subie précédemment à raison des mêmes faits (art. 3). C'est donc la qualification de crime de guerre qui justifie ici les nouvelles poursuites. Ainsi, des soldats allemands qui avaient, pendant l'occupation de la France, tué un civil français pour lui voler des pommes, avaient fait l'objet d'une première condamnation par un Tribunal militaire

1) Bouzat, Traité, parag. 141 et s., sp. 146, p. 132 et s. ;

2) Donnedieu de Vabres, Traité, No 1656, p. 933 ;

3) Trad. CICR., p. 39.

allemand de campagne. Puis, leur unité ayant fait sa reddition aux troupes adverses, ils furent poursuivis une nouvelle fois et condamnés à nouveau par un Tribunal Militaire français en raison des mêmes faits (1).

Des cas analogues se sont produits pendant l'occupation entre Tribunaux de la Puissance occupante et Tribunaux français. Ainsi, la Cour de Caen avait-elle jugé en 1941 qu'une condamnation pour hausse illicite des prix prononcée par une "Kreis-kommandantur" ne faisait pas obstacle à une nouvelle instance devant les Tribunaux français, mais qu'il devait être tenu compte, pour l'application de la peine, de l'amende déjà infligée (2). Les juridictions des deux pays ne poursuivent pas les mêmes buts. Comme l'a relevé le Tribunal correctionnel de Lille, les Tribunaux de l'Etat occupant "peuvent être inspirés par des motifs d'opportunité, le souci d'assurer la protection de leur force militaire", cependant, "on peut concevoir une justice soumise à d'autres règles que celles qui inspirent celle du pays occupé s'exerçant parallèlement et provisoirement avec celle des autorités d'occupation..." (3).

Si on peut admettre que les Tribunaux français ne puissent, après la libération du territoire national, faire confiance aux Tribunaux ennemis pour le jugement de crimes de droit commun désormais qualifiés de crimes de guerre, comment justifier la complète exclusion de la loi allemande ?

Le rejet de la compétence législative de la loi nationale de l'accusé a été fondé principalement par le caractère odieux de nombre de prescriptions légales du IIIème Reich. Il n'était évidemment pas question que des tribunaux français tiennent compte même à titre subsidiaire de lois comportant des discriminations raciales ou de décrets exprimant exclusivement l'orientation politique suivie par l'Allemagne depuis 1933. On ne pouvait se référer à des textes relevant de ce qu'on a appelé "l'ordre public assassin".

Il fallait éviter, en outre, qu'en invoquant les ordres reçus ou en affirmant avoir agi conformément aux directives du Führer, les prévenus ne soient mis en mesure d'échapper au châtimement de leurs crimes en faisant ainsi remonter jusqu'au chef de l'Etat disparu, la responsabilité de toutes les atrocités commises à l'occasion de la guerre.

Il est néanmoins choquant de voir faire complète-

-
- 1) Tribunal Militaire de Rennes, 28.1.47 ; Schmitt et Zapf ; Tribunal Militaire de Paris (section de Rennes), 16.2.49; Anielsky;
 - 2) Caen, 22.1.41, D.C. 1941, J., 97, note Donnedieu de Vabres ;
 - 3) Trib. corr. de Lille, 31.5.43, Gaz. Pal. 1-3.9.43, cité par Donnedieu de Vabres, Traité, No 1658, p. 937, note 2.

ment abstraction de la loi étrangère applicable au moment des faits et cela, d'autant plus que l'Ordonnance du 28 août 1944 vise non seulement les crimes de guerre commis en France occupée, mais également ceux qui ont été perpétrés à l'étranger, soit notamment en Allemagne ou en Italie (1).

L'exclusion de la loi pénale étrangère ne peut être érigée en règle absolue, remarquait le Prof. Donnedieu de Vabres, en citant l'exemple des territoires recouvrés par la France en 1918. Lorsqu'il s'est agi de déterminer la compétence législative applicable dans les trois départements de l'Est pour les infractions perpétrées avant le transfert à la France, mais non encore jugées, il n'a pas été possible de faire abstraction de la loi allemande, seule applicable au moment des faits. On semble avoir alors considéré l'intervention de la loi française, c'est-à-dire d'incriminations et de pénalités dont l'auteur ne pouvait, au moment de son acte, prévoir l'application, comme une violation du principe de la légalité des délits et des peines(2).

Dans une situation différente sans doute, puisque la souveraineté locale n'avait pas disparu pendant l'occupation, mais pour des motifs analogues, comment justifier l'application exclusive d'une loi qui n'était pas applicable au moment des faits? Si un gardien de camp allemand tue un prisonnier de guerre français en Allemagne, il ne peut légitimement s'attendre à comparaître que devant un Tribunal allemand et sa responsabilité sera appréciée, sous le rapport du droit interne, d'après le seul droit allemand. De même, les infractions de droit commun imputables à des militaires français en occupation en Allemagne échappent à la compétence des juridictions allemandes. Que se passerait-il si, l'occupation de l'Allemagne prenant fin d'une manière ou d'une autre, les Tribunaux allemands émettaient la prétention de juger à nouveau tous les crimes ou délits commis sur territoire allemand ou à l'étranger, mais au préjudice de ressortissants ou d'intérêts allemands? La République fédérale ne pourrait-elle pas théoriquement invoquer à son profit la nécessité de protéger les intérêts nationaux? Les intérêts de l'Etat occupant et ceux de l'Etat occupé sont généralement antagonistes. L'existence de l'Etat occupé a été menacée: il est fondé, estime-t-on, à vouloir exercer la répression d'après sa propre législation (3). L'occupation, a-t-on encore dit, "ne saurait détruire le droit que possède tout Etat de punir selon sa législation nationale et par l'intermédiaire de ses tribunaux nationaux les infractions commises sur son sol et cela, sans distinction entre nationaux et étrangers, entre

1) Comp. Code pénal suisse, art. 5, al. 1;

2) Donnedieu de Vabres, Traité, No 1618, p. 921;

3) Herzog, op. cit. (Revue pénale suisse, 1946, p. 291).

civils et militaires" (1). La réaction pénale de l'Etat précédemment occupé a le caractère d'une légitime défense (2).

Mais l'interprétation que donne la Cour de cassation française de l'art. 164 CJM. a fait disparaître pratiquement cette différence entre le droit français et le droit allemand. Lorsque l'occupation a eu lieu par suite de guerre et non à titre pacifique, l'exception admise en faveur de la compétence de la Puissance occupante est élargie aux infractions non comprises dans l'énumération des art. 192 à 248 CJM. (3). Le souci de "protection des intérêts publics qui commandent l'occupation" (4) donne ici la prédominance à la compétence judiciaire et législative de l'Etat occupant sur celle de l'Etat occupé. L'exception a tendance à prendre le pas sur la règle.

L'Etat "tient du fait de la perpétration soit en territoire occupé, soit dans la zone d'opérations, le droit de réprimer tous les actes de nature à porter atteinte à la sécurité de ses troupes, mais à eux seuls" (5). En cas de guerre, "il faut que la justice militaire s'accroisse des facultés que la justice ordinaire se trouve impuissante à exercer, car l'armée emporte tout avec elle, c'est comme un Etat qui voyage..." (6). Si le principe de l'exterritorialité de l'armée exprimé dans la maxime "Là où est le drapeau, là est la France" (7), repose évidemment sur une fiction, celui de la protection des nationaux ou de la "selbstsüchtige Auffassung" aboutit au même résultat.

Au moment où il agit, le militaire faisant partie de l'armée occupante, qui se rend coupable d'une infraction de droit commun non-justifiée par les lois et coutumes de la guerre, est donc soumis à ses propres lois et à ses propres Tribunaux.

3.- L'ordonnance du 28 août 1944.-

C'est la solution exactement inverse qui a prévalu en matière de crimes de guerre. L'art. 1er de l'Ordonnance du 28 août 1944 ne tient compte que de la loi française pour les in-

- 1) Garraud, Société des prisons, 19.1.16, Revue pénitentiaire, 1916, p. 23, cité par Juglart (JCP; 1946, I, 499) ;
- 2) Herzog, *ibid.* ;
- 3) Donnedieu de Vabres, Traité, p. 934 et jurisprudence citée ;
- 4) Crim. 11.2.1909, B.C. 1909 ; 180, cité par Juglart, Répertoire, p. 85, note 3 ;
- 5) Travers. No 286, p. 374 ;
- 6) Rapport présenté au corps législatif sur le projet de Code de justice militaire de 1857, Duvergier, Collection des lois et décrets, t. XVI, p. 245 ; Travers, No 419, p. 543 ;
- 7) Cf. Hugueney, Traité, p. 265.

fractions de droit commun imputables à des nationaux ennemis, notamment en territoire français occupé. A son art. 3, l'Ordonnance prend même le soin d'exclure l'effet justificatif des "lois, décrets ou règlements émanant de l'autorité ennemie...".

Il s'ensuit nécessairement un conflit de compétences judiciaires et législatives.

C'est ainsi qu'il est arrivé que les mêmes faits soient poursuivis par un Tribunal allemand d'occupation, puis par un Tribunal français sous la qualification de crime de guerre (1). Jusqu'en 1903, le principe de la souveraineté de la loi française refusait tout effet aux condamnations prononcées à l'étranger qui n'avaient aucune influence sur les poursuites exercées en France en raison des mêmes faits. La loi du 3 avril 1903 (art. 7, al. 2, du Code d'instruction criminelle), afin d'éviter qu'un étranger ne soit puni deux fois pour une infraction commise en France, a donc prévu "qu'aucune poursuite ne peut être dirigée contre un étranger pour crime ou délit commis en France, si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger et, en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce."

On voit par là que si la théorie de l'exterritorialité de l'armée occupante soutenue par Helmer en 1915 et suivant laquelle le droit allemand devait être seul appliqué à l'armée allemande (2), ne peut être retenue, il n'est pas non plus possible de souscrire sans réserve à la théorie de l'application exclusive de la loi territoriale (3).

La compétence législative de l'Etat dont les inculpés de crimes de guerre sont ressortissants ne peut pas plus être contestée que celle de la loi territoriale. L'une était la loi personnellement applicable aux inculpés en raison de leur appartenance à l'armée occupante, l'autre est celle du lieu de commission, ou si le crime a été commis à l'étranger, celle de l'Etat dont les victimes sont ressortissantes.

Ce conflit, résolu par l'Ordonnance du 28 août 1944 dans le sens contraire à celui de l'art. 164 du Code de Justice Militaire subsistera tant que la répression des crimes de guerre ne sera pas organisée par une juridiction criminelle véritablement internationale. Au stade actuel de l'évolution, il paraît exclu, lorsqu'une des Parties au conflit parvient à imposer sa volonté à l'autre, d'éviter un renversement dans la hiérarchie des compétences législatives en présence, la loi ter-

1) Voir ci-dessus, p.119;

2) Société des prisons, séance du 16 juin 1915 ; Revue pénitentiaire 1916, p. 475 ; cité par Juglart, (JCP., 1946, I, 499);

3) Garraud, loc. cit.

ritoriale prenant le pas sur la loi nationale de l'accusé. Du moins, pourrait-on envisager d'appliquer à titre subsidiaire la loi ennemie lorsqu'elle prévoit des solutions conformes au droit international et plus favorables que celles de la loi territoriale. Bien entendu, il ne serait alors tenu compte que des textes de portée générale et permanente, abstraction faite des actes législatifs directement inspirés du régime comme l'étaient les décrets et ordonnances répondant sous le IIIème Reich à des préoccupations exclusivement nationales-socialistes, telle la législation raciste ; on aboutirait ainsi à une certaine harmonisation des compétences législatives en conflit.

Les Tribunaux militaires français paraissent d'ailleurs avoir été conscients des objections fondamentales que rencontraient l'application exclusive de la loi française aux inculpés de crimes de guerre. Sinon dans les jugements, qui ne révèlent malheureusement pas leurs raisons, du moins dans les réquisitoires, le droit allemand ou les ordres généraux allemands, ont été parfois invoqués lorsqu'ils venaient appuyer la thèse de l'accusation. Cette pratique aurait même été généralisée dans les Tribunaux français d'occupation, rétablissant ainsi en partie cette sécurité du droit, à laquelle la répression des crimes de guerre a fait subir de rudes atteintes.

4.- Les Conventions de Genève de 1949.-

Les Conventions de Genève du 12 août 1949 n'ont qu'indirectement pris position sur ce problème en organisant la sanction des violations des obligations internationales qu'elles contiennent en faveur des blessés et malades des armées, des prisonniers de guerre et des personnes civiles non-combattantes en temps de guerre.

Aux termes de dispositions communes aux quatre conventions (art. 49/50/129/146), les Parties contractantes s'engagent à prendre les mesures législatives nécessaires en vue de fixer les peines applicables aux personnes (et non aux seuls ressortissants ennemis), qui auront commis des infractions aux règles conventionnelles, c'est-à-dire aux très nombreuses interdictions et limitations édictées par ces traités internationaux. L'article suivant donne une liste, variable pour chacune des quatre Conventions, des violations qui, lorsqu'elles ont été commises à l'encontre des personnes ou des biens protégés, ont le caractère d'infractions graves. Il s'agit notamment de "l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, etc..." Les Parties s'obligent en outre à faire juger les auteurs et complices devant leurs propres tribunaux "quelle que soit leur nationalité". Chacune d'elles peut "si elle le préfère et selon les conditions

prévues par sa propre législation", extraditer les violateurs à une autre Puissance, mais "pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes" (1).

Les plénipotentiaires de la Conférence diplomatique de 1949, peut-on tout d'abord observer, ont résolument écarté de leurs prévisions la création d'un tribunal international répressif spécial, préconisée par le C.I.C.-R. (2), mais abandonnée en 1947 par la Conférence des experts gouvernementaux de 1947 (3).

La répression relevant, par conséquent, exclusivement des tribunaux nationaux, ils ont consacré l'application du principe territorial. Cette solution constitue par rapport aux lois nationales en vigueur en matière de crimes de guerre un progrès considérable puisqu'elle supprime du même coup le caractère personnel que ces textes exceptionnels avaient donné aux poursuites, dont seuls les nationaux ennemis pouvaient être l'objet. Désormais, les tribunaux de chaque Partie contractante devront être qualifiés pour connaître de toutes les infractions graves aux Conventions de Genève commises sur le territoire, quelle que soit la nationalité des auteurs. En fait, cette compétence territoriale se confondra le plus souvent avec celle du lieu de l'arrestation, car les Etats ne seront à même de poursuivre efficacement que les individus suspects d'avoir commis des infractions graves aux règles conventionnelles qui tomberont en leur pouvoir, soit directement, soit parce qu'ils auront été livrés par une Puissance alliée. En effet, il ne faut

1) C. Pilloud, Les sanctions pénales dans la première Convention de Genève (blessés et malades) du 12 août 1949, tiré à part de la RICR. Genève, 1952 ; Cf. aussi Commentaire des Conventions de Genève de 1949, T.I, p. 394 et s. (publié par le C.I.C.-R., Genève, 1952) ; Cf. P. de la Pradelle, La conférence diplomatique et les nouvelles Conventions de Genève du 12.8.49, Paris, Edit. internat., 1951, p. 245 et s. ; v. également : A.R. Albrecht, War Reprisals in the War Crimes Trials and in the Geneva Conventions, (AJIL., Vol. 47, Oct. 1953, p. 590) ; A. Gaspard, La Répression des atteintes aux Conventions humanitaires, (RIDP., 1948, p. 387) ; Aschenauer, Der Schutz der verurteilten Kriegsgefangenen nach der Genfer Kriegsgefangenenkonvention von 12.8.49 (Süddeutsche Juristenzeitung, No 12, Dez. 1950, p. 899) ;

2) Cf. P. de la Pradelle, op. cit. p. 249 ;

3) ibid. p. 250.

évidemment pas escompter que l'extradition à "une autre Partie contractante intéressée à la poursuite" se fasse à la Puissance d'origine de l'inculpé lorsqu'il s'agit d'un ressortissant ennemi. Il n'en reste pas moins que le système répressif ébauché par les Conventions de 1949 implique, au moins pour une part, un retour au principe de la compétence législative et judiciaire de l'Etat dont l'inculpé est ressortissant comme compétence principale. Dans un certain nombre de cas, sinon dans la majorité, les membres des forces armées de chaque pays devront s'attendre à comparaître devant leurs propres tribunaux qui lui feront application de leur loi nationale. Les poursuites pour crimes de guerre ne seront plus dirigées théoriquement contre les seuls ressortissants ennemis, mais aussi contre les militaires nationaux et alliés.

Il est vrai que les prisonniers ennemis qui ne seront pas livrés à leur Puissance d'origine ou à une tierce Puissance se trouveront à nouveau soumis à des tribunaux qui ne sont pas les leurs et à une loi étrangère qu'ils ne connaissent pas. Pour eux, la compétence judiciaire de l'Etat dans l'armée duquel ils servent est nécessairement écartée. Est-ce à dire que les tribunaux ennemis n'auront aucun compte à tenir de leur loi nationale ? Les Conventions de 1949 sont muettes sur ce point, aussi les Puissances contractantes sont-elles libres d'agir à leur guise dans ce domaine. Si les poursuites pouvaient s'exercer sur la base d'une certaine réciprocité entre belligérants, il est probable que le risque de voir leurs propres nationaux assujettis non seulement aux tribunaux, mais encore à la loi de l'ennemi, inciterait chacun des belligérants à tenir compte dans une certaine mesure de la loi nationale de l'inculpé de nationalité ennemie. Mais l'expérience de la guerre de Corée semble devoir faire écarter une telle hypothèse. Tant que les deux camps détiennent des prisonniers ou tout autre moyen de faire pression sur l'adversaire, les tribunaux seront probablement paralysés. A première vue, la répression des infractions graves prévues par les Conventions de 1949 ne pourra donc avoir lieu que dans le cas où l'un des belligérants sera parvenu à triompher complètement de l'autre ou si la Puissance dont les ressortissants sont inculpés de crimes de guerre chez l'adversaire ne dispose d'aucun moyen de coercition contre l'Etat qui organise les poursuites. Il faut donc se borner à souhaiter qu'en pareille hypothèse les tribunaux devant lesquels comparaitront des nationaux ennemis - soit probablement la grande majorité des inculpés - ne fassent pas complètement abstraction de leur loi nationale pour l'appréciation de leur responsabilité au regard du droit des gens, pensant que leurs propres nationaux pourraient se trouver un jour dans une position exactement semblable.

II.- L'APPLICATION DU SYSTEME DE LA PERSONNALITE PASSIVE

Pour être qualifiées crimes de guerre, les infractions de droit commun, non-justifiées par les lois et coutumes de la guerre, doivent avoir été commises depuis l'ouverture des hostilités, "... soit en France, ou dans un territoire relevant de l'autorité de la France, soit à l'encontre d'un national ou d'un protégé français, d'un apatride résidant sur le territoire français avant le 17 juin 1940, ou d'un réfugié sur un territoire français, soit au préjudice des biens de toutes les personnes physiques visées ci-dessus et de toutes les personnes morales françaises..." (Ordonnance du 28 août 1944, art. 1er, al. 1).

L'ordonnance du 9 novembre 1944 relative à la compétence des juridictions françaises complète sur ce point l'Ordonnance du 28 août 1944 en précisant que les Tribunaux français seront désormais compétents pour "... toutes infractions qualifiées crimes ou délits par la loi française commises entre le 3 septembre 1939 et une date qui sera fixée par décret, en Allemagne ou en Italie ou dans les pays étrangers occupés ou contrôlés par l'Allemagne ou l'Italie, lorsque les auteurs ou les victimes sont des citoyens, sujets ou protégés français (art. 2) (1).

Ces dispositions révèlent le souci de mettre entre les mains des Tribunaux un instrument de répression aussi efficace et complet que possible. La référence que l'art. 1er de l'Ordonnance du 28 août 1944 fait au droit commun avait déjà amené le législateur à prévoir à l'art. 2 un accroissement du champ d'application de certains articles du Code pénal et du Code de Justice Militaire. Il fallait éviter que les juges ne se heurtent à des difficultés d'interprétation lorsqu'il s'agirait de trouver la qualification pénale appropriée aux faits de guerre envisagés. La compétence des Tribunaux "ratione materiae" devait être aussi large que possible.

Les mêmes raisons ont fait étendre également la compétence "ratione loci" et par suite le champ d'application de la loi dans l'espace.

En effet, si la plupart des crimes de guerre sont survenus en France occupée et particulièrement, dans les régions où les attentats de la Résistance avaient incité la Puissance occupante à de sanglantes représailles, la présence en Allemagne de prisonniers de guerre, de déportés dans les camps de concentration ou de travailleurs forcés employés dans les usines de guerre avait donné lieu à suffisamment d'actes criminels pour qu'il

1) cf. ci-dessus, p. 68 ; Donnedieu de Vabres, Traité, No 1657 bis, p. 935 et 1709 bis, p. 957.

ait paru nécessaire en 1944 d'en attribuer également la compétence aux Tribunaux de la Métropole.

Les juridictions militaires devaient donc pouvoir connaître non seulement des crimes commis sur le territoire français ou, comme le précise encore l'art. 6 de l'Ordonnance du 28 août 1944, en Algérie et aux colonies, mais aussi des crimes commis par des étrangers à l'étranger, hors les cas déjà prévus par le droit commun.

Les règles ainsi adoptées spécialement pour la répression des crimes de guerre appellent plusieurs observations :

1.- Le caractère alternatif des conditions de lieu et de personnes.-

On remarquera, tout d'abord, que les deux conditions stipulées par l'art. 1er de l'Ordonnance du 28 août 1944 ("soit en France..., soit à l'encontre d'un national ou d'un protégé français...") sont alternatives (1), et non cumulatives comme on semble l'avoir affirmé à tort (2).

En effet, lorsqu'un fait constitue une violation du droit commun français non-justifiée par les lois et coutumes de la guerre commise dans les conditions de temps et de personnes fixées par l'Ordonnance, il n'est pas nécessaire qu'il ait eu pour victimes "un national ou un protégé français,..." pour pouvoir être qualifié crime de guerre. Il suffit qu'il ait été commis en France. Ce n'est que dans l'hypothèse où le fait de guerre poursuivi est survenu hors du territoire français, que les conditions touchant à la qualité des victimes entrent en jeu.

En d'autres termes, la compétence territoriale des Tribunaux français est ici exempte de conditions qui auraient un caractère restrictif certainement contraire à la volonté du législateur. On ne pourrait concevoir que les juges français doivent se déclarer incompétents pour se saisir d'un crime commis en France par un étranger à l'encontre d'un étranger. La seule réserve admise en pareil cas par le Code d'instruction criminelle est fondée sur la nationalité de l'agent et non sur celle de la victime (art. 7 CIC, al. 2) (3).

L'énumération des personnes susceptibles d'être les victimes d'un crime de guerre n'a donc pas d'autre objet que de fixer les limites de la compétence des Tribunaux français pour les faits répondant pour le surplus aux autres con-

- 1) Dans ce sens, M. de Juglart "Espionnage et crime de guerre" (JCP. 1945, I, 508) et, op. cit. (JCP. 1946, I, 499) ; cf. aussi M. Patin, RSCDPC., 1949, 355 ;
- 2) Cf. Cass. crim. 24.1.46 ; époux Andersen et Nogara, note J. Brouchet (JCP. 1946, II, 2963) ;
- 3) Donnedieu de Vabres, Traité, No 1682, p. 947.

ditions de l'art. 1er, mais qui seraient survenus hors du territoire national. Le législateur a voulu, à n'en pas douter, atteindre notamment de cette manière les crimes commis en Allemagne ou ailleurs par des allemands, mais à l'encontre de nationaux français ou des personnes assimilées. Il a fait ainsi une application nouvelle du système de la "personnalité passive", ou de la "protection des nationaux" qui trouve son fondement dans le fait "qu'en temps de guerre, la protection des biens privés met directement en cause l'intérêt national" (1).

L'art. 1er de l'Ordonnance du 28 août 1944 distingue en résumé les trois catégories suivantes de crimes de guerre :

- 1. Les infractions commises en France sans précision quant à la qualité des victimes ;
- 2. Les infractions commises à l'encontre de certaines personnes, mais sans précision de lieu ;
- 3. Les infractions commises au préjudice des biens appartenant aux dites personnes, également sans précision de lieu (2).

Le souci de prévoir un réseau de dispositions répressives sans fissure paraît donc avoir amené le législateur français à faire sans véritable nécessité une nouvelle application du système de la personnalité passive (3). Pouvait-on vraiment imaginer en 1944 que les Tribunaux qui n'allaient pas manquer d'être établis en Allemagne après la fin des hostilités laisseraient sans sanction des actes commis à l'encontre de ressortissants français ou assimilés ? On peut en douter.

Quoi qu'il en soit, il a paru préférable de pêcher par excès plutôt que par défaut d'imagination.

On a déjà vu que les autres lois nationales en matière de crimes de guerre avaient pour la plupart cédé à cette même tendance. Presque partout, il a paru nécessaire d'attribuer aux juges siégeant sur le territoire national la compétence des crimes commis par les ressortissants ennemis à l'étranger, en dépit du fait que dans la majorité des cas, les Tribunaux Militaires d'occupation se trouveraient également compétents. Mais si les pays anglo-saxons se sont contentés de recourir à la doctrine de l'universalité de juridiction déjà citée, sans insérer

1) Donnedieu de Vabres, Traité, No 1738 bis, p. 968 ;

2) M. de Juglart, op. cit. ; sur la question de savoir si les actes dommageables à l'Etat et aux personnes publiques peuvent constituer des crimes de guerre : Cf. J.A. Roux, note sous Crim. 24.1.46 (S., 1947, 1, 101) ;

3) Comp. loi du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne (cf. Donnedieu de Vabres, Traité, No 1738, p. 967.

aucune disposition particulière dans les lois et ordonnances promulguées à la fin de la guerre (1), plusieurs pays du continent européen ont suivi l'exemple français.

Ainsi, la loi norvégienne prévoit l'attribution aux juridictions nationales des crimes de guerre commis à l'étranger "au préjudice de ressortissants ou d'intérêts norvégiens" et même au préjudice d'intérêts alliés, lorsque l'auteur se trouve en Norvège, faisant ainsi une certaine application de la compétence tirée du lieu de l'arrestation (2). La loi danoise contient des prévisions analogues (3).

En revanche, les textes néerlandais et belge limitent cette extension de compétence à certains criminels. Dans l'Ordonnance néerlandaise sur le droit pénal extraordinaire du 22 décembre 1943, déjà citée, il s'agit de l'exposition à la persécution (art. 26) de l'atteinte à la propriété (art. 27) et des crimes de guerre et crimes contre l'humanité (art. 27a) (4). Dans la loi belge du 20 juin 1947, les tribunaux nationaux peuvent se saisir de crimes commis par des étrangers "en temps de guerre contre un ressortissant belge ou un étranger résidant en Belgique au moment de l'ouverture des hostilités" hors de Belgique, lorsque ce sont des infractions "d'homicide ou de lésion corporelle volontaire, de viol, d'attentat à la pudeur ou de dénonciation à l'ennemi" (5). On observera cependant que "les autorisés belges n'ont ni la mission, ni le pouvoir de prévenir ou de réprimer des actes illicites commis par un membre de l'armée ennemie, occupant la Belgique contre une personne relevant uniquement de cette armée" (6).

2.- La compétence des tribunaux d'occupation en matière de crimes de guerre.-

Il convient de relever également que cette extension de la compétence des juridictions françaises de la Métropole ne semble pas avoir empêché les Puissances occupant l'Allemagne et notamment la France d'attribuer aux tribunaux d'occupation le jugement des violations des lois et coutumes de la guerre commises en territoire allemand. En effet, l'art. 1er de l'Ordonnance No 20 du 25 novembre 1945 du Commandant en chef de la zone française prévoit que les tribunaux du gouvernement militaire

1) Law Reports, Vol. XV, p. 43 ;

2) G. Limmert, op. cit. p. 108 ; Law Reports, Vol. III, p. 81 ; cf. ci-dessus, p. 80 ;

3) G. Limmert, p. 91 ; Law Reports, Vol. XV, p. 31-32 ;

4) Law Reports, Vol. XI, p. 86 ;

5) G. Limmert, p. 89, art. 1er ;

6) Cass. Belge, 12.2.51 (P., 1951, I, 379) ; RDP. 1951-52, p. 1074 ;

sont compétents pour le jugement de tous les crimes de guerre définis par les accords internationaux en vigueur entre les Puissances occupantes, lorsque les auteurs de ces crimes de guerre, commis après le 1er septembre 1939 sont de nationalité ennemie ou sont des agents non-français au service de l'ennemi et "lorsque ces crimes auront été commis hors de France ou des territoires qui se trouvaient sous l'autorité de la France au moment où ils étaient commis" (1). La loi No 10 du 20 décembre 1945 déjà citée (2), confirme d'ailleurs cette attribution de compétence à son article III, 2 : "Le tribunal par lequel seront jugées les personnes accusées des infractions prévues par la présente loi sera désigné par chaque Commandant de zone qui fixera également la procédure à suivre..." (3).

En ce qui regarde la répartition des compétences entre les tribunaux français de la Métropole et ceux de la zone française d'occupation pour les crimes de guerre commis en Allemagne, la pratique suivie semble avoir consisté à confier aux premiers le jugement des crimes commis dans les zones d'occupation alliées, mais à l'encontre des personnes ou au préjudice des biens définis par l'ordonnance du 28 août 1944 et aux seconds, celui des faits survenus exclusivement dans la zone d'occupation française.

Quant aux juridictions alliées des zones occidentales, elles ont parfois tenu compte de la nationalité des victimes en s'adjoignant des juges appartenant à l'armée du pays dont les victimes étaient ressortissantes. C'est ainsi que des tribunaux mixtes, composés de juges britanniques et grecs ont jugé l'affaire du sous-marin *Peleus* à Hambourg (4). Lorsque le nombre de pays intéressés était par trop considérable, des observateurs étaient invités à suivre les débats. Des représentants de la France ont assisté de cette manière au procès des gardiens des camps de concentration de Belsen-Bergen et d'Auschwitz (5). Mais il est arrivé, en revanche, que la compétence territoriale des tribunaux français pour les faits survenus dans les territoires relevant de l'autorité de la France a été apparemment

- 1) Cf. Law Reports., Vol. III, p. 101 ; Vol. XV, p. 41 ; v. également pour l'Autriche : M. de Juglart, Répertoire, p. 218 ;
- 2) Cf. ci-dessus, p. 73 ;
- 3) Cf. G. Limmert, op. cit. p. 86 ;
- 4) Tribunal Militaire britannique de Hambourg, 20.10.45 ; Heinz Eck (Law Reports., Vol. I, p. 1, 13 et 106) ; v. aussi l'affaire d'Almelo (ibidem, p. 35) ;
- 5) Tribunal militaire britannique de Lunebourg, 17.11.45 ; Joseph Kramer (Law Reports., Vol. II, p. 1 et 128).

écartée au profit de la compétence d'un tribunal allié. Ainsi, dans l'affaire Tomono Shimio, un ressortissant japonais a été jugé par un tribunal composé exclusivement d'officiers britanniques et siégeant sur le territoire de la possession britannique de Singapour, pour avoir mis à mort des prisonniers de guerre américains en Indochine française (1). De même, le tribunal militaire américain, siégeant à Dachau, en Allemagne, dans une affaire Hans Heitkamp, a rejeté l'exception d'incompétence soulevée par la défense, qui faisait valoir que l'accusé avait agi en territoire allemand, mais dans la zone occupée par la France au moment du jugement (2).

Ces décisions s'expliquent par la très large application que les Tribunaux anglo-saxons paraissent avoir faite de la théorie de l'universalité de juridiction. En effet, selon cette doctrine, le droit de punir les crimes de guerre n'appartient pas seulement à l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis, ou dont les victimes étaient ressortissantes. Toute Puissance indépendante serait compétente, selon le droit international pour juger les "criminels de guerre" qui se trouvent entre ses mains, de même que s'il s'agissait des pirates que la coutume lui a de tout temps accordé le droit de juger et de châtier lorsqu'elle parvient à s'en emparer.

Le Prof. Cowles justifie ce principe en relevant que "si l'Etat dont les ressortissants sont les victimes directes a un intérêt immédiat à la répression des crimes de guerre, tous les Etats civilisés ont un intérêt très réel à ces poursuites", car "une violation des lois de la guerre revêt un intérêt général puisqu'elle viole la loi des nations". Par conséquent, "tout Etat indépendant est compétent pour la punition des criminels de guerre qui se trouvent entre ses mains quels que soient la nationalité de la victime, l'époque à laquelle cet Etat est entré en guerre, ou le lieu où le crime a été commis". (3).

Dans l'aff. List, le Tribunal Militaire américain de Nuremberg a confirmé cette manière de voir en déclarant que les auteurs de crimes de guerre "sont passibles d'une peine infligée par le pays où le crime a été commis ou par les belligérants entre les mains desquels sont tombés les criminels, ces juridictions étant concurrentes". Les juges américains fondent leur opinion sur la crainte de voir l'Etat normalement compé-

-
- 1) Cf. Law Reports., Vol. I, p. 106 ;
 - 2) Tribunal Militaire américain de Dachau, 23.5.47 ; Hans Heitkamp, (Law Reports., Vol. XV, p. 47) ;
 - 3) Prof. Willard B. Cowles "Universality of Jurisdiction over War Crimes" (California Law Review, Vol. 33, 1945, p. 177) cité par Law Reports, Vol. XV, p. 26.

tent renoncer aux poursuites pour des raisons politiques et laisser ainsi sans sanction des crimes qui lèsent des intérêts communs à toutes les nations. En effet, disent-ils "la guerre est ordinairement suivie de répercussions et de soulèvements politiques qui portent souvent au pouvoir des personnes qui ne sont pas pour une raison ou pour une autre disposées à punir les coupables". Il ne faudrait donc pas, en pareil cas, que le belligérant qui a capturé les intéressés soit tenu de les extradier, si cet acte équivaut à une mise en liberté. Et le Tribunal conclut : "Le belligérant qui a capturé les criminels présumés pourra les remettre à l'Etat sur le territoire duquel les délits ont été commis, ou bien les retenir aux fins de jugement suivant sa propre procédure légale" (1).

La compétence territoriale n'a donc plus qu'un caractère subsidiaire. L'Etat du lieu de l'arrestation demeurant seul juge du sort réservé aux nationaux ennemis qui se trouvent entre ses mains, c'est donc à lui que revient la compétence principale.

Les défauts d'un tel système sont ceux de la théorie dite "des délits de droit des gens". Le crime de guerre s'ajoute ici à une énumération des délits particuliers auxquels serait applicable la compétence du "judex deprehensionis", comme le terrorisme, la traite des esclaves ou le trafic de stupéfiants. Cette adjonction démontre l'impossibilité d'éviter des changements sans cesse renouvelés dans la liste des crimes qui pourraient être jugés selon cette compétence particulière.

En outre, et dès le moment où la compétence de la loi et du juge de l'accusé est écartée, on voit mal quel avantage il y a à donner un caractère subsidiaire à la compétence territoriale ou à celle du pays dont les ressortissants sont victimes du crime poursuivi. Le juge du lieu de l'arrestation sera-t-il moins partial, n'ayant par hypothèse aucun intérêt national à la répression ? C'est possible, mais on peut se permettre de penser que la généralisation d'une telle doctrine serait une source de confusion, et par là même, porterait préjudice à une bonne administration de la justice. En définitive, seul le hasard déterminerait la compétence des Tribunaux, suivant le pays où l'auteur présumé a été capturé. Ainsi, des faits identiques commis par des nationaux ennemis dans un même pays, pourraient être l'objet d'appréciations complètement différentes, selon que l'Etat du lieu de l'arrestation se déclarerait ou non compétent. La diversité des jurisprudences en matière de crimes de guerre est déjà suffisamment grande d'un pays à l'autre pour qu'on ne puisse souhaiter des différences de traitement supplé-

1) Tribunal Militaire américain de Nuremberg, 19.2.48 - Law Reports, Vol. VIII, p. 54-55 (trad. CICR., p. 13).

mentaires pour des crimes commis dans un même pays (1).

Enfin, les motifs d'opportunité invoqués par les tenants de la doctrine des juridictions concurrentes ne semblent guère convaincants, du moins dans le sens indiqué. Car la défaillance dans l'exercice des poursuites paraît s'être réalisée plus souvent dans le cas du juge du lieu de l'arrestation que dans celui du *judex loci*. Il suffit de rappeler à cette occasion les difficultés extrêmes rencontrées par la France auprès de ses Alliés pour obtenir l'extradition des personnes recherchées pour des crimes commis en territoire français, notamment au titre de l'affaire des pendants de Tulle (2), ou les surprenantes mesures de grâce dont ont bénéficié des condamnés aussi notoires qu'Ilse Koch qui sévissait au camp de Buchenwald.

Sans doute, la répression des violations du droit de la guerre telle que les Alliés l'ont organisée après la 2ème guerre mondiale répondait-elle à la fois à des raisons politiques et à des normes juridiques. Les nécessités du moment ont, en effet, marqué de leur empreinte presque chacune des dispositions dont on cherche ici à faire l'analyse. Cependant, même dans le cadre restreint et sujet à caution d'une justice organisée par des vainqueurs, il est impossible de perdre de vue le fait que les poursuites auxquelles elle a donné lieu constituaient dans la majorité des cas la sanction de principes reconnus par le droit des gens ou d'incriminations formellement inscrites dans les droits internes. Ce serait lui ôter le peu de sens qui lui est ainsi dévolu, que de faire intervenir des considérations de nature politique dans une telle répression.

3.- Les crimes de guerre commis à l'étranger.-

Les tribunaux français de la Métropole n'ont jugé qu'un petit nombre d'affaires intéressant des crimes commis à l'étranger. La très grande majorité des dossiers instruits et jugés en France avaient trait à des crimes commis sur le territoire français. On notera que l'exception d'incompétence soulevée par la défense dans l'affaire du Gauleiter Robert Wagner, motif pris de ce que l'Alsace n'aurait pas constitué au moment des faits "un territoire relevant de la France" au sens de l'ordonnance du 28 août 1944, a été rejetée par la Cour de cassation. "La prétendue déclaration d'annexion de l'Alsace par l'Allemagne en 1940, acte unilatéral, ne pouvant modifier les clauses du trai-

1) Donnedieu de Vabres, *Traité*, No 1739 à 1744, p. 968-970 et la doctrine citée ;

2) Cf. H. Meyrowitz "Comment le Général Lammerding peut-il être extradé ?" (*Le Monde*, 25.2.53) ; et ci-dessus, p. 34 ;

té de Versailles de 1919, peuvent constituer des crimes de guerre les actes commis par l'ex-gauleiter allemand de cette province dans ce territoire français" (1). La démonstration avait son importance, car si les crimes motivant la poursuite avaient été commis hors de France comme le soutenait l'inculpé, seuls ceux qui avaient eu pour victimes les personnes désignées par l'art. 1er de l'ordonnance du 28 août 1944 pouvaient être retenus à son encontre.

En revanche, si les juges français n'ont été saisis qu'à de rares occasions de crimes de guerre commis à l'étranger à l'encontre de nationaux français ou de personnes assimilées, (2), ils ont dû se déclarer incompétents lorsque ces crimes avaient eu pour victimes des ressortissants de Nations alliées rejetant ainsi, pour leur part, toute application de la théorie de l'universalité de juridiction. La Cour de cassation a ainsi décidé "que la justice française n'était pas compétente pour juger un allemand coupable d'avoir, en Allemagne, mis à mort des prisonniers de guerre anglais" (3).

Mais, tout en respectant la compétence des juridictions alliées, lorsque les victimes n'étaient pas de nationalité française, les tribunaux français conservaient le droit de punir en vertu de l'ordonnance de 1944 même si la victime était apatride. C'est la raison des dispositions de l'article 1er au sujet des apatrides et des réfugiés. Il était indispensable que les massacres massifs de Juifs apatrides puissent trouver une sanction même s'ils étaient commis en Allemagne (4). En fait, l'existence des tribunaux d'occupation a pratiquement fait perdre leur raison d'être aux précautions prises à ce sujet par le législateur d'Alger, si l'on excepte les cas, probablement exceptionnels où des crimes ont été commis hors de France ou d'un territoire relevant de la France, et hors d'Allemagne.

1) Crim. R., 24.7.46 ; Wagner (JCP. 1946, IV, p. 150) ;

2) Cf. cependant : Tribunal militaire de Paris, 21.2.51 ; Général Rossum (crimes commis à l'encontre de prisonniers de guerre français en Allemagne) ;

3) Crim. 24.7.46 ; Wagner, B. 170 ; Cf. aussi M. Patin (RSCDFC., 1947, p. 270 et 1949, p. 353) ;

4) Cf. J. Graven, De la Justice internationale à la paix (RDISDP. 1946, p. 202).

I.- L'INEGALITE DE TRAITEMENT PAR RAPPORT AUX NATIONAUX
ET LA QUALITE DE MEMBRE DU CAMP ADVERSE

1.- L'inégalité de traitement par rapport aux nationaux.-

L'art. 1er de l'Ordonnance du 28 août 1944 prévoit que seuls "... les nationaux ennemis ou agents non-français au service de l'administration ou des intérêts ennemis" peuvent être poursuivis devant les Tribunaux Militaires français pour des actes qualifiés crimes de guerre.

Il ne suffit pas que l'acte incriminé représente une infraction au Code pénal ou au Code de Justice Militaire français, non-justifiée par les lois et coutumes de la guerre et commise dans les circonstances de temps et de lieu qui ont été indiquées plus haut. Il faut encore que l'auteur relève à un titre quelconque du camp adverse.

Par conséquent, si la qualité de ressortissant d'une Nation en guerre avec la France ou de non-français au service de l'ennemi ne peut à proprement parler être taxée d'élément constitutif de l'acte criminel, elle joue du moins un rôle déterminant dans la qualification spéciale qui lui est donnée par l'Ordonnance de 1944 (1). Sans doute, sa nationalité ne le mettra-t-elle pas nécessairement à l'abri de toute poursuite, mais sa situation sera sensiblement meilleure que celle du ressortissant ennemi puisque, s'il n'a pas commis le crime supplémentaire de trahir son pays en servant les intérêts ennemis, il sera à l'abri des diverses aggravations du droit commun que le législateur d'Alger - on vient d'en voir quelques exemples - a entendu appliquer rétroactivement aux prévenus de crimes de guerre. Ainsi, l'art. 2 de l'Ordonnance a étendu le champ d'application des prévisions légales en matière de pillage. Là où le militaire français reste au bénéfice du droit commun pour lui inchangé, le militaire allemand reconnu coupable du même acte encourt, non seulement, un traitement plus rigoureux, mais reçoit par surcroît l'étiquette infamante de "criminel de guerre".

Cette inégalité de traitement, qui est encore accentuée par le fait justificatif supplémentaire que peuvent invoquer les français lorsqu'ils établissent avoir agi dans l'in-

1) Cf. J.B. Herzog "Les principes juridiques de la répression des crimes de guerre" (RPS., 1946, p. 285).

térêt de la libération de la France (1), contient peut-être en substance tous les problèmes que soulève la répression des crimes de guerre, puisqu'elle accentue le caractère nécessairement unilatéral d'une justice exercée par les vainqueurs.

On se bornera à examiner ici, tout d'abord, le contenu de la formule adoptée par l'Ordonnance française pour la détermination des individus punissables pour crimes de guerre, puis la situation des personnes non-visées par l'art. 1er qui auraient néanmoins commis des infractions de droit commun non-justifiées par les lois et coutumes de la guerre.

2.- La qualité de national ennemi.-

a) Le Prof. de Juglart rappelle qu'au cours de la première guerre mondiale, des discussions s'étaient élevées au sujet de la compétence "ratione personae" des Tribunaux Militaires français pour le jugement des officiers et des soldats appartenant aux forces armées allemandes qui s'étaient rendus coupables d'actes contraires aux lois de la guerre. Pour certains, les nationaux ennemis pouvaient être poursuivis au double titre d' "étrangers" ou "d'individus ayant agi sur le territoire français, en présence de l'ennemi" (art. 165 du Code de Justice Militaire de 1928), et de prisonniers de guerre (art. 3, ch. 4, CJM). Pour d'autres, la compétence des Tribunaux français ne pouvait être fondée que sur l'art. 165, du Code de Justice Militaire concernant les étrangers et seulement lorsqu'il s'agissait des infractions de caractère militaire, telles qu'elles sont prévues par ce Code.

Le Traité de Versailles avait résolu la question en visant à son art. 228 "les personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre", sans autre précision (2).

Pendant la seconde guerre mondiale, si les diverses déclarations et avertissements des Alliés n'ont pas été toujours explicites sur la nationalité des personnes auxquelles ils s'adressaient, leur sens général ne fait évidemment aucun doute. Ainsi, la Déclaration de St James du 13 janvier 1942, tout en faisant expressément allusion dans ses considérants au régime de terreur institué par l'Allemagne dans les territoires occupés, vise-t-elle "tous les coupables ou responsables, quelle que soit leur nationalité...". Mais cette généralisation ne doit pas conduire à penser qu'on ait eu en fait l'intention de prévoir des dispositions répressives applicables à quiconque. La grande majo-

-
- 1) Ordonnance du 6 juillet 1943 ; cf. Donnedieu de Vabres, Traité, No 125, p. 78 ;
 - 2) M. de Juglart, Répertoire, p. 247.

rité des lois nationales en matière de crimes de guerre et l'ensemble de la jurisprudence montrent que seuls les membres du camp ennemi étaient en réalité recherchés pour être châtiés. Si le législateur a eu parfois recours à des formules plus générales, ce n'était pas en vue d'élargir la compétence des Tribunaux Militaires aux actes commis par les nationaux membres de l'armée victorieuse - puisqu'aussi bien aucune disposition spéciale n'était nécessaire à cet effet -, mais bien en vue de permettre la répression des faits de guerre imputables à l'ennemi, même dans les cas où les auteurs, co-auteurs ou complices seraient d'une autre nationalité que celle du pays ennemi, voire même ressortissants de l'Etat pour-suivant.

L'Ordonnance française a préféré la précision d'une désignation conçue, il est vrai, en termes généraux, mais indiquant sans équivoque que le critère essentiel était celui de l'appartenance au camp adverse, soit en raison de la nationalité ennemie, soit pour l'assistance prêtée à l'ennemi.

Il s'agit évidemment, au premier chef, des ressortissants allemands, autrichiens, italiens et japonais. Pour les Tribunaux siégeant en Europe, les inculpés allemands ont fourni le principal contingent des membres de l'armée ou de l'administration ennemie recherchés pour crimes de guerre. Les poursuites exercées en France contre des nationaux italiens ont affecté un petit nombre de cas. Elles paraissent avoir pris fin en 1947 déjà. En revanche, des ressortissants autrichiens, plus étroitement mêlés à l'organisation militaire du IIIème Reich, ont été impliqués dans plusieurs des poursuites dirigées contre des allemands (1). Le Tribunal Militaire établi à Saïgon semble avoir presque exclusivement jugé des sujets japonais.

- b) A défaut d'indication sur ce point, l'Ordonnance s'applique aussi bien aux civils qu'aux militaires, bien qu'en fait, les poursuites dirigées contre les premiers aient été relativement rares.

Par "nationaux ennemis", il faut donc entendre au premier chef les membres de l'armée régulière (Wehrmacht), y compris les formations qui lui étaient plus ou moins directement rattachées comme la gendarmerie de campagne (Feldgendarmerie), ou les agents du contre-espionnage (Abwehr). Les poursuites paraissent avoir été dirigées pour la majorité contre les membres de l'armée de terre et dans quelques cas à l'encontre de détachements de la marine de guerre stationnés dans les ports, notamment les forteresses constituées après le débarquement allié à La Rochelle et Royan, mais aucun aviateur allemand ne paraît avoir jamais été inquiété, ni par les Tribunaux français, ni par les Tribunaux alliés, en dépit des conditions dans les-

1) Cf. notamment Tribunal Militaire de Clermont-Ferrand, 23.6.46; Hans Szabados (Law Reports, Vol. IX, p. 59-61, qui paraît attribuer à tort la nationalité allemande à l'accusé).

quelles la guerre aérienne a été conduite, notamment contre la Grande-Bretagne (1). Ici, l'argument de la réciprocité, qui fixe bien les limites de la répression des crimes de guerre, semble avoir été tout fondement valable aux poursuites.

Comme on l'a déjà indiqué plus haut en montrant à quelles nécessités la Loi du 15 septembre 1948 entendait répondre (2), les formations armées primitivement rattachées au parti national-socialiste (Waffen-SS), et les services de la police d'occupation (Sicherheitspolizei et Sicherheitsdienst ou Sipo et S.D.) ont également figuré pour une part importante, sinon même prépondérante parmi les nationaux ennemis accusés de crimes de guerre. Si les SS étaient généralement considérés comme des unités d'élite, leur conduite à l'égard de la population civile dénotait, au contraire, la plus complète absence de sang-froid, en partie imputable à l'extrême jeunesse des cadres envoyés sur le front à la fin de la guerre. Bien qu'on ne puisse en faire une règle, leur présence était presque nécessairement synonyme d'excès de toute nature, tandis que l'intervention de la Wehrmacht demeurait fréquemment dans les limites compatibles avec les normes généralement reconnues du droit international.

Quant à la police d'occupation, plus connue sous le nom de Gestapo, bien que cette abréviation désigne en fait des services exclusivement affectés au territoire allemand, son nom restera à jamais attaché aux formes les plus indignes de l'oppression et de l'arbitraire. Il est vrai que les unités de la Sipo ou du S.D. qui ont sévi jusque dans les moindres villages de France étaient principalement chargées de la lutte contre la Résistance et que l'indétermination du droit international dans ce domaine pouvait faire craindre tous les excès. Il n'en reste pas moins que les méthodes d'interrogatoire du troisième degré et autres formes de la torture moderne ne sauraient trouver de légitimation d'aucune sorte dans les conditions exceptionnelles de l'état de guerre. C'est ce qui explique les nombreuses poursuites dirigées contre les membres de cette trop fameuse organisation.

Dans un plus petit nombre de cas, les procès organisés en France ont également visé des fonctionnaires civils et des diplomates. Les plus illustres sont ceux de l'ex-Ambassadeur Otto Abetz (3) et du gauleiter d'Alsace - Robert Wagner (4).

- 1) Comp. en revanche les procès d'aviateurs américains devant les Tribunaux japonais (Law Reports, Vol. V, p. 1 et 66) ;
- 2) cf. ci-dessus, p. 40 ;
- 3) Tribunal Militaire de Paris, 22.7.49 - Cour de cassation, 21.7.50 ;
- 4) Tribunal Militaire de Strasbourg, 3.5.46 - Cour de Cassation, 24.7.46 ; v. aussi St. Glaser "Les infractions internationales, les délits politiques et l'extradition" (RDPC, 1947-48. p. 766) ; Daniel, op. cit. p. 66.

On observera que seule la nationalité du prévenu, au moment des faits, déterminera la compétence "ratione personae". Les juridictions qui ont statué après la guerre de 1939-1945 n'ont fait que se conformer sur ce point à une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation (1). L'art. 64 du Code pénal ne précise-t-il pas d'ailleurs que le prévenu doit avoir été en état de démence "au temps de l'action", pour pouvoir bénéficier de cette cause de non-imputabilité ?

c) L'Ordonnance fait, d'autre part, une distinction très nette entre les "nationaux ennemis" et les "agents non-français au service de l'administration ou des intérêts ennemis".

On rangera dans cette seconde catégorie de personnes susceptibles d'être poursuivies pour crimes de guerre aussi bien les ressortissants de pays alliés, que ceux des pays neutres.

En effet, les Tribunaux militaires français ont jugé à plusieurs reprises des nationaux alliés qui s'étaient enrôlés dans l'armée ou dans la police allemande. Ainsi, le Tribunal Militaire de Lyon a-t-il été saisi du cas d'un sujet luxembourgeois, Lucien Fromes, qui faisait partie de la police d'occupation et se trouvait accusé d'assassinat, de pillage et de destruction volontaire de biens commis sur le territoire français (2). Plus délicate est la situation des individus qui ont été incorporés de force dans les rangs de l'ennemi. Un sujet belge, Albert Raskin, a néanmoins été condamné comme tel par la même juridiction pour "association de malfaiteurs" (3).

Plusieurs poursuites ont également été dirigées contre des ressortissants de pays neutres (4).

Le Prof. de Juglart signale dans le cas des agents non-français au service de l'ennemi un conflit de compétences possible entre les Cours de justice, chargées de la répression des faits de collaboration, et les Tribunaux Militaires, tels qu'ils sont organisés par l'art. 5 de l'Ordonnance du 28 août 1944 (avec une majorité de juges ayant appartenu à la Résistance (5)). Mais la suppression des Cours de justice a réduit le conflit aux proportions d'une différence de composition du Tribunal Militaire. Peut-

- 1) Crim. 3.1.1921. B. crim. 1921, p. 27 ; Donnedieu de Vabres, Traité, No 1182, p. 678 ; Juglart, op. cit., JCP. 1946, I, 499 ; comp. aussi Crim. 15.1.48 JCP. 1948, II, 4370, Note J. Brouhot ;
- 2) Tribunal Militaire de Lyon, 23.11.45 ; Lucien Fromes ; Law Reports. Vol. XV, p. 45.
- 3) Tribunal Militaire de Lyon, 16.1.47 ; Albert Raskin ; Law Reports Vol. XV, p. 46 ;
- 4) Tribunal Militaire de Paris, 25.4.47 ; Londines Monte ; Law Reports, Vol. XV, p. 45 ;
- 5) Juglart, Répertoire, p. 91, 248 et 267.

être, la modification que la Loi du 15 septembre 1948 a fait subir à l'art. 5 de l'Ord. de 1944 en tempérant la stipulation concernant la composition spéciale du Tribunal de la réserve "Sauf impossibilité dûment constatée", pourrait-elle permettre de résoudre cette difficulté mineure.

- d) La plupart des lois nationales promulguées en Europe contiennent des dispositions analogues à celles de l'Ordonnance française, en ce qui regarde la détermination de la compétence "ratione personae" (1).

L'article 1er de la loi luxembourgeoise du 2 août 1947 se borne cependant à viser "les agents non-luxembourgeois" sans préciser, en outre, qu'il peut aussi s'agir des nationaux ennemis.

La Loi belge du 20 juin 1947 a adopté une formule semblable, quoique plus circonscrite à son art. 2 où il est question de "ceux qui, lors de la perpétration des faits, étaient au service de l'ennemi à quelque titre que ce soit, notamment en qualité de fonctionnaires de l'ordre administratif ou de membres d'une formation quelconque ou qui étaient chargés par eux d'une mission quelconque".

La loi norvégienne du 13 décembre 1946 retient, en revanche, le qualificatif de "ressortissants ennemis ou ... autres étrangers au service ou aux ordres de l'ennemi".

L'art. I de la loi néerlandaise précise que l'accusé devait être "au service de l'ennemi en qualité de militaire, de magistrat ou de fonctionnaire, ..." Pour la loi danoise du 12 juillet 1946, il doit s'agir d'un "étranger au service de l'Allemagne ou d'une Puissance alliée de l'Allemagne".

En revanche, les textes du groupe anglo-saxon ne font jamais acception de personnes. Ainsi, l'art. II, 2 de la Loi No 10 vise-t-il "Toute personne, quelle que soit sa nationalité ou la qualité en laquelle elle a agi"... Les ordonnances britannique et américaine ne limitent pas sous ce rapport la compétence des Tribunaux. Cependant, si les accusés ont le plus souvent été de nationalité ennemie, comme cela a été le cas dans les autres pays qui ont organisé des poursuites pour crimes de guerre, il est arrivé également que des neutres et même des ressortissants de nations alliées aient été impliqués dans des procès de cette nature. A l'exemple de ce qui s'est passé en France, ces poursuites avaient néanmoins un caractère nettement complémentaire : des allemands étaient le plus sou-

1) Cf. ci-dessus, p.71 ;

vent les auteurs principaux (1).

II.- LA SITUATION DES RESSORTISSANTS FRANCAIS

1.- La Loi du 15 septembre 1948.-

Il convient de noter d'emblée que si l'Ordonnance de 1944 ne permet pas de poursuivre des français pour des actes qualifiés crimes de guerre, la Loi du 15 septembre 1948, modifiant et complétant le texte de 1944, a apporté sous ce rapport un changement de régime substantiel.

"Nonobstant toutes dispositions contraires", stipule l'art. 3 "les individus non visés à l'art. 1er de l'Ordonnance du 28 août 1944 qui sont personnellement co-auteurs ou complices d'un crime de guerre ou d'un crime connexe peuvent être compris dans les poursuites engagées devant le tribunal militaire, lorsque l'instance est contradictoire à l'égard d'un au moins des autres accusés."

On sait que le procès d'Oradour, en vue duquel le Parlement avait jugé utile de légiférer en 1948, a donné lieu à de nouveaux débats aux Chambres en 1953, et que les principales dispositions du texte de 1948 ont été abrogées (2). Le législateur a du moins laissé subsister l'essentiel de l'art. 3 de la loi de 1948;

"Les personnes non-visées à l'art. 1er de l'Ordonnance du 28 août 1944", prévoit l'art. 3, al. 1 nouveau, "qui sont personnellement co-auteurs ou complices de crimes commis par des individus visés au dit article ou de crimes connexes, seront renvoyés devant le tribunal militaire. Il leur sera fait application des dispositions du code pénal et notamment des articles visés au second alinéa de l'art. 1er de la susdite ordonnance" (3).

Dans un alinéa 2, il est stipulé, en outre, que les français ne pourront être compris dans les poursuites dirigées contre les allemands. Le procès d'Oradour où se trouvaient impliqués des Alsaciens aux côtés des allemands étant alors en cours, on prévoyait dans ce cas particulier la division de la procédure aussitôt après la clôture de l'instruction publique à l'audience (4).

1) Cf. procès du camp de Belsen (Law Rep. Vol. IIIm p.150); aff. Joaquin Espinosa (Law Rep. Vol. XV, p. 46); Tribunal Militaire britannique de Lunebourg, 23.8.46; Jepsen (Law Rep. Vol. XV, p.46); Tribunal Militaire britannique de Hamburg, 3.2.47; Schwarzhüber (Camp de Ravensbruck-Law Rep., Vol. XV, p. 46) ; cf. aussi aff. Mauthausen et Flossenburg - ibid., p. 46-7 ;

2) Cf. ci-dessus, p. 40 ;

3) Cf. ci-dessus, p. 42 ;

4) J.O. 31.1.53, p. 898.

Ces dispositions nouvelles sont le témoignage des bouleversements profonds qui sont survenus dans la répression lorsqu'il s'est agi de poursuivre les membres des organisations nationales-socialistes considérées comme collectivement responsables de certains crimes de masse. Elles sont donc trop intimement liées au problème de la culpabilité objective et collective pour qu'on puisse en faire utilement l'analyse sans expliquer auparavant à quels besoins elles devaient répondre et dans quelles circonstances elles ont été arrêtées.

Mais s'il est prématuré d'aborder dès maintenant cet aspect des lois de 1948 et 1953, on peut se borner à relever ici le caractère complémentaire des poursuites dont les français peuvent être l'objet. Si la loi de 1948 permettait d'appliquer dans son entier l'Ordonnance de 1944 aux ressortissants français, c'était à la condition que des allemands fussent les auteurs principaux. L'art. 3 nouveau semble exclure l'application de l'Ordonnance de 1944, mais les français continuent néanmoins à ne pouvoir être poursuivis, même en vertu du seul droit commun, que lorsqu'ils sont les co-auteurs ou les complices des nationaux ennemis et autres individus visés par l'art. 1er de l'Ordonnance de 1944.

On retrouve, d'ailleurs, cette dépendance de l'ennemi jusque dans les cas où les infractions non-justifiées par les lois et coutumes de la guerre ont été commises par des ressortissants français agissant isolément. En effet, il suffit que leurs actes dénotent l'intention de servir les entreprises de l'ennemi pour qu'ils soient poursuivis sous la qualification de faits de "collaboration" devant les Tribunaux Militaires qui ont remplacé les Cours de Justice dissoutes (1).

Dans les deux cas, les nationaux français n'ont donc de responsabilité pour les violations des lois et coutumes de la guerre qu'ils peuvent commettre que s'ils appartiennent à un titre quelconque au camp ennemi.

2.- La poursuite des violations du droit de la guerre commises par des soldats ou par des civils français.-

Cependant, quelle qu'ait été l'ampleur et le caractère fréquemment systématique des crimes allemands, il est impossible de penser qu'en six ans de guerre, aucun membre des forces armées ou de l'administration française, aucun ressortissant français servant à un titre quelconque la cause de la France, et non celle de l'ennemi, n'ait commis d'infraction à la loi pénale française "non-justifiée par les lois et coutumes de la guerre".

On peut certainement admettre que, d'une manière

1) Cf. Ord. du 28 nov. 1944 ; et Donnedieu de Vabres, Traité, No 1173, p. 669 ; Crim. 15.2.45, JCP., 1946, II, 2894 ; Crim., 24. 1.46, D. 1946, J. 169.

générale, les ressortissants français et leurs Alliés ont été plus respectueux du droit que leurs adversaires et que les violations du droit de la guerre qui leur sont imputables sont incomparablement moins nombreuses et moins graves. Cependant, il est improbable qu'ils n'en aient commis aucune. On est en droit de se demander, par conséquent, comment ces actes ont été poursuivis et punis, puisqu'ils ne pouvaient tomber sous le coup de l'Ordonnance du 28 août 1944 sur les crimes de guerre et qu'une disposition spéciale a été jugée nécessaire en 1948 lorsqu'il s'est agi de traduire devant les Tribunaux français des individus qui étaient pourtant déjà naturellement soumis à la Loi et aux juridictions de leur pays.

En fait, des poursuites ont évidemment eu lieu, mais il convient, étant donné les conditions particulières dans lesquelles les partisans français ont été amenés à lutter contre l'occupant et le changement de régime consécutif à la libération de la France, de distinguer les cas où les infractions se sont produites pendant l'occupation, de ceux où elles avaient pour victimes les prisonniers de guerre détenus par la France après la libération.

a) Deux ordonnances paraissent dominer la répression des actes assimilables par leur nature aux crimes de guerre qui ont pu être commis par des nationaux français servant la cause de la France avant la libération : celle du 6 juillet 1943 déjà citée, et l'ordonnance du 9 juin 1944 sur les forces françaises de l'intérieur.

L'art. 1er de l'Ord. du 6.7.43 déclare légitimes "tous actes accomplis postérieurement au 10 juin 1940 dans le but de servir la cause de la libération de la France, quand bien même ils auraient constitué des infractions au regard de la législation appliquée à l'époque". L'art. 2 prononce, en outre, la suspension des poursuites exercées et prévoit la révision des condamnations prononcées"... pour des faits postérieurs au 10 juin 1940 dans les affaires se rapportant soit à la reprise de la guerre par la France, soit à des faits de prise de service dans les armées françaises ou alliées, soit à des services rendus à la résistance française ou aux puissances alliées, quelle que soit la nature de l'infraction commise" (1).

On ne pouvait évidemment laisser subsister les condamnations prononcées sous le régime de Vichy pour des actes réputés délits politiques ou crimes de droit commun au moment de leur commission, mais dont le mobile était la libération du pays. Cependant, il convient d'observer que l'art. 1er vise "tous actes" et non seulement ceux qui constituaient à l'époque des infractions aux dispositions concernant, par exemple, le travail forcé en Allemagne ou les discriminations raciales. Par conséquent, l'homicide volontaire ou le pillage, de même que toutes les autres infractions du droit commun peuvent se trouver ainsi légitimées. Par

1) Donnedieu de Vabres, Traité, No 125, p. 78.

l'intention qui a présidé à leur perpétration. L'Ord. de 1943 fait pendant à l'Ord. du 28 nov. 1944 déjà citée qui punit à l'inverse les actes légitimés auparavant par le régime de Vichy lorsqu'ils révèlent chez leurs auteurs l'intention de favoriser les entreprises de toute nature de l'ennemi (art. 1er). Cependant, l'ordre reçu permet l'impunité à certaines conditions (art. 3, al. 1er) (1).

Quant à l'ordonnance du 9 juin 1944, elle déclare que les forces françaises de l'intérieur font partie intégrante de l'armée française, donnant ainsi un statut juridique aux partisans qui luttèrent dans le même temps contre les occupants allemands. Les membres du maquis se trouvaient donc assimilés à des militaires (2).

Ce texte ne pouvait évidemment préjuger la régularité des opérations conduites par les partisans opérant sur le territoire de la Métropole (3). Ainsi, il est de notoriété publique qu'à l'exception de quelques maquis fortement organisés et contrôlant avec une certaine continuité une région entière, la plupart des partisans ne portaient pas "un signe fixe et reconnaissable à distance" comme l'exige l'art. 1er de la Convention de La Haye, No IV, de 1907. Sans que le courage de ces combattants clandestins soit un instant mis en cause, bien au contraire, puisqu'ils savaient d'avance qu'ils faisaient le sacrifice de leur vie, force est de reconnaître qu'ils ne pouvaient prétendre à la protection que le droit international réserve aux belligérants. Les faits de guerre qui leur étaient imputables ne trouvaient donc pas de justification dans les lois et coutumes de la guerre. Par leur nature, ils s'apparentent, qu'on le veuille ou non, à des crimes de guerre. Lorsque, sous le couvert de son apparence pacifique, un civil abattait un soldat allemand, il contribuait peut-être à la cause de la libération, mais il commettait en même temps un acte contraire aux lois de la guerre.

Les faits de cette nature n'ont donc pas été poursuivis. Et comment l'auraient-ils été par des juges enclins par patriotisme ou poussés par des souvenirs personnels, à glorifier plutôt qu'à flétrir ce que chacun regardait inévitablement non comme des actes répréhensibles condamnés par le droit de la guerre, mais comme des actes d'héroïsme ?

On semble avoir considéré qu'il était de bonne guerre pour les habitants d'un territoire occupé de résister par la force à l'autorité ennemie, quels que soient les moyens employés. L'immunité de l'Ordonnance de 1943 a donc largement couvert les

1) Donnedieu de Vabres, Traité, No 125, p. 79, note 1 ;

2) Juglart, Répertoire, p. 127 ;

3) Cf. Rapport sur l'activité du Comité International de la Croix-Rouge en faveur des "partisans" tombés aux mains de l'ennemi., Genève, oct. 1946, p. 4-10.

auteurs d'infractions au droit commun qui ne trouvaient cependant aucune justification dans le droit international. Les Tribunaux n'ont apparemment pas eu à confronter la conduite des prévenus avec des critères tirés du droit de la guerre. Seule la légitimation par le but à atteindre, la libération, a été prise en considération. Les juges ont sévi lorsque les infractions de droit commun ne pouvaient se situer dans cette perspective (1).

Cette attitude est confirmée par le rejet quasi automatique de l'excuse de provocation qui a été invoquée parfois par des allemands prévenus de crimes de guerre commis à l'encontre de partisans qui n'avaient eux-mêmes agi en violation des lois de la guerre, par exemple, en abusant du signe de la Croix-Rouge (2).

b) Mais les Tribunaux Militaires ont encore été saisis d'une autre catégorie d'actes apparentés aux crimes de guerre, mais commis par des ressortissants français après la fin des hostilités. Il s'agit des délits commis à l'encontre des prisonniers de guerre.

Au lendemain de l'armistice, la France s'est trouvée détenir - en partie à la suite de massifs transferts opérés par les Etats-Unis - plus d'un million de prisonniers de guerre allemands, italiens et autrichiens, dont la captivité s'est prolongée pendant plusieurs années malgré la fin des hostilités. Il n'est donc pas étonnant que des incidents se soient produits comme dans toute collectivité et que lorsque des ressortissants français en étaient les auteurs - exceptionnellement, il faut le reconnaître - des poursuites aient été engagées contre eux devant les juridictions civiles ou militaires. C'est ainsi que des gardiens de camp ou des employeurs civils ont été parfois déférés à la justice pour les infractions commises à l'encontre des prisonniers de guerre dont ils avaient la charge (3).

En soi, le phénomène ne serait pas digne d'être relevé, si les Tribunaux n'avaient pas fait montre d'une attitude alarmante à la fois pour la sécurité des prisonniers de guerre et pour le respect des obligations inscrites dans les Conventions internationales. Les acquittements qui ont été prononcés à plusieurs reprises notamment pour des faits d'homicide caractérisés témoignent d'une mansuétude extraordinaire à l'égard des prévenus nationaux. Il est clair que ce manque de fermeté dans l'application

- 1) Tribunal Militaire de cassation de Paris, 16.11.45 ; cf. Juglart, Répertoire, p. 127-8 ;
- 2) Tribunal Militaire de Bordeaux, 25.7.46 ; Hannig et autres ;
- 3) Cour d'Assises de l'Ain, 18.3.47 ; Guénin ; Tribunal Militaire de Paris, 25.4.47 ; Lefin ; Cour d'Assises de l'Allier, 16.1.48 ; Mesples.

de la loi est dû à la qualité de ressortissant ennemi de la victime. Si la guerre et les ressentiments qu'elle engendre nécessairement peuvent expliquer une telle carence, ils ne sauraient bien évidemment la justifier. Car l'acte du gardien de camp allemand qui tue un prisonnier de guerre français en Allemagne ne diffère en rien de l'acte du gardien de camp français qui tue un prisonnier de guerre allemand en France, si ce n'est par la nationalité de l'auteur et de la victime. Les faits sont les mêmes. Ils sont qualifiés crimes aussi bien dans la loi pénale allemande que dans la loi pénale française et même si, par hypothèse, tel n'était pas le cas, les deux pays sont liés par les mêmes traités internationaux. Le Règlement annexé à la IVème Convention de La Haye n'interdit-il pas "de tuer ou de blesser un ennemi qui, ayant mis bas les armes ou n'ayant plus les moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion" (art. 23 c) ? Et le "Code des prisonniers de guerre" de 1929 ne prohibe-t-il pas les actes de violence à l'égard des prisonniers (art. 2, al. 2) ? (1).

Il est clair que si les juges de l'Etat détenteur acquittent systématiquement les auteurs des infractions dont les victimes sont des ressortissants du camp adverse, l'idée s'accrédite que chacun peut impunément attenter à la vie, à l'intégrité corporelle ou aux biens des prisonniers. Ce qui n'empêche pas ces mêmes juges de condamner sévèrement les nationaux ennemis auteurs d'infractions dont les victimes sont ressortissants de l'Etat poursuivant.

Cette inégalité de traitement est-elle imputable aux Tribunaux ou aux lois qui leur ont attribué la compétence de juger les actes de l'ennemi ?

Il ne semble pas qu'on puisse incriminer exclusivement la partialité des juges. La situation serait exactement la même en sens inverse si le jugement des violations du droit de la guerre commises par les nationaux étaient confiées aux Tribunaux de l'Etat dont ils sont les ressortissants. Le précédent des procès de Leipzig est là pour le montrer. La pression de l'opinion publique a été aussi forte en Allemagne en 1921 pour obtenir le maximum de clémence, puis la cessation des poursuites qu'en France en 1945 dans le sens de la sévérité. A l'échelon national, la justice est inévitablement prisonnière, ou bien de la réciprocité, lorsque l'ennemi n'a pas capitulé et dans ce cas, elle est paralysée par la crainte des représailles - le conflit de Corée l'a démontré -, ou bien, des discriminations fondées sur la nationalité de l'auteur ou de la victime, lorsque l'Etat victorieux est seul poursuivant.

- c) Ces constatations font mal augurer des conditions dans lesquelles pourrait être assurée la sanction des violations gra-

1) Cf. cependant St. Glaser (RDPC., Mai 1951, p. 897.

ves des nouvelles Conventions de Genève du 12 août 1949.

Comme on l'a déjà montré plus haut (1), chacune des Conventions revisées ou nouvelles contient des dispositions pénales pour la répression des abus et des infractions aux règles conventionnelles. Ainsi, l'art. 49/50/129/146 commun aux quatre conventions comporte tout d'abord l'obligation de prendre les mesures législatives appropriées en vue de fixer les peines applicables aux auteurs de violations graves (al. 1). "Chaque Partie contractante", ajoute la Convention de 1949, "aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis ou d'avoir ordonné de commettre l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité" (al. 2, première phrase).

La Puissance détentrice de prisonniers de guerre aura donc le devoir de poursuivre aussi bien ses propres ressortissants et ceux des Nations alliées que les nationaux ennemis (2). Mais, dans tous les pays dont le régime est fondé sur le principe de la séparation absolue des pouvoirs, l'Etat ne pourra faire autre chose que de traduire indistinctement devant les Tribunaux les violeurs des lois de la guerre. Il sera, en revanche, impuissant à réclamer de ses juges, indépendants par état, un certain équilibre entre les sanctions infligées aux ennemis et celles qu'ils prononceront contre les nationaux. Les faits imputés aux uns seront appréciés avec le maximum de sévérité, tandis que les autres trouveront généralement leur justification dans le seul fait d'avoir infligé un dommage à l'ennemi quand une disposition légale analogue à l'Ord. du 6 juillet 1943 ne légitimera pas en bloc tous les actes commis dans l'intention de servir leur pays.

Tant que le jugement des violations du droit de la guerre sera de la seule compétence des Etats, leur sanction pénale sera à sens unique. Qu'on choisisse la compétence de la loi du drapeau et des juges nationaux, ou la compétence de la loi et des Tribunaux ennemis, la répression sera nécessairement unilatérale. A supposer même que la comparaison des violeurs nationaux et étrangers devant les mêmes Tribunaux soit de nature à atténuer ces discriminations, on voit mal comment elle pourrait les faire disparaître. La solution, qui fait encore partie du domaine de l'abstraction, est évidemment celle de la juridiction criminelle internationale qui devrait avoir à connaître sinon de toutes les violations, du moins des plus graves d'entre elles, en ressort unique.

1) Cf. ci-dessus, p. 124 :

2) C. Pilloud "Les sanctions pénales dans la première Convention de Genève (blessés et malades du 12 août 1949" p. 17 ; comp. art. 71 des "Instructions pour le comportement des armées des Etats-Unis en campagne" du 24 avr. 1863 dans Fauchille, Traité du Droit International Public, T. II, p. 24 et RICR, août 1953, p. 635 ; et art. 216 sur le détournement et recel d'effets militaires : "Tout individu, militaire ou non..."

La compétence "ratione personae" des tribunaux militaires français en matière de crimes de guerre influe plus qu'il n'y paraît de prime abord sur la notion même de crime de guerre.

On peut résumer tout ce qui précède en disant qu'en droit français, le crime de guerre est un crime de droit commun, analogue, mais non tout à fait identique aux crimes et délits ordinaires, et que, ce qui le distingue précisément des autres infractions au Code pénal ou au Code de Justice militaire, c'est l'intervention des lois et coutumes de la guerre, soit de cette partie du droit des gens qu'on nomme pour plus de commodité le droit de la guerre. Ainsi qu'on a cherché à le montrer, les auteurs de la loi française paraissent avoir cependant méconnu la véritable nature du crime de guerre en donnant au droit international le rôle d'un simple fait justificatif, au lieu de reconnaître expressément qu'il doit en tout état de cause déterminer le caractère criminel de l'acte poursuivi. Pris au pied de la lettre, le texte français permet de faire complètement abstraction du droit des gens, puisque les faits envisagés peuvent être punis même s'ils ne constituent pas une violation du droit international. Ce faisant, le gouvernement provisoire d'Alger n'a nullement simplifié le problème. Le droit interne étant seul considéré comme l'élément légal du crime de guerre, il s'est vu contraint de prévoir à l'article 2 une série de dispositions interprétatives en vue de résoudre par avance les problèmes de qualification pénale qui pourraient se présenter au juge.

Ces ajustements ont pu sembler suspects et s'ils prêtent en définitive à moins de critiques qu'on a bien voulu le dire, - dans la plupart des cas, les sanctions prévues n'étaient pas complètement inattendues -, ils sont néanmoins l'expression d'une technique législative fâcheuse. Pour toutes les raisons qui ont déjà été énoncées, il faut donc préférer le système appliqué par le législateur belge, où le crime de guerre est constitué par la double violation du droit interne et du droit international.

En revanche, quelle que soit la formule adoptée, aucune des lois promulguées à l'issue de la deuxième guerre mondiale pour le châtimement des crimes de guerre, n'échappe au reproche d'être dirigée contre l'ennemi, c'est-à-dire de faire acception de personnes. Ce grief résume et définit en quelque sorte toutes les autres objections qui ont été faites à l'encontre de cette législation d'exception. Qu'on le veuille ou non, les officiers et sous-officiers composant les tribunaux militaires sont à la fois juges et parties, car "les victimes se sont elles-mêmes

promues juges de ceux qui avaient causé le dommage ..." (1). Ne s'est-on pas même demandé "si les accusés furent jugés en raison de leurs fautes ou simplement en raison de leurs défaites ?" (2).

Sans aller jusque là, on peut admettre tout au moins - en réaffirmant ici le caractère principal de la compétence législative de la loi du drapeau - que "les vainqueurs ne pourront jamais composer un tribunal absolument impartial" (3) quelle que soit l'intégrité de leurs magistrats et le souci qu'ils ont de respecter les formes.

Cependant, dès le moment où l'Etat vainqueur détient des prisonniers a résolu de recourir à la voie judiciaire pour assurer le châtimement des délits commis avant la capture de ces ennemis, la compétence ainsi attribuée à ses propres tribunaux ne devrait pas être limitée au jugement des seuls ressortissants du camp adverse. C'est probablement par là que la répression des crimes de guerre s'est le plus discréditée, car pour être équitable, elle devrait frapper les auteurs de crimes de guerre quel que soit le camp auquel ils appartiennent. La responsabilité criminelle ne peut se mesurer qu'aux lois de la guerre, non à la nationalité de l'accusé.

En effet, il paraît évident que si le droit international comporte des obligations non seulement pour les Etats, mais aussi pour les individus, sans l'intervention desquels l'Etat en tant que personne morale ne pourrait enfreindre le droit des gens (4), cette responsabilité pénale à l'égard des violations du droit international existe pour chacun. L'Etat vainqueur ne peut pas plus la rejeter pour ses ressortissants que l'Etat vaincu ne serait habilité à le faire pour les siens. Ou s'il le fait néanmoins, c'est au nom du droit du plus fort, qui exclut par définition toute idée de justice.

Les tribunaux militaires français l'ont d'ailleurs implicitement admis en statuant dans les procès de crimes de guerre ennemis. Chaque fois qu'ils ont eu à connaître d'une infraction de droit commun dont un militaire allemand s'était rendu coupable à l'encontre d'un habitant du territoire français occupé, les juges militaires ont été contraints d'admettre que le droit international imposait des obligations aussi bien aux civils du pays occupé qu'aux militaires de l'armée occupante. Si le droit de la guerre prescrit par exemple à l'occupant de respecter la vie des

- 1) Cf. C. Miglioli (RIDP., 1952, No 4, p. 63) ; cf. aussi V.V. Pella, Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (RDISDP., Genève, 1950, No 2, p. 101-120) ;
- 2) Cf. Pompe, Les trois degrés du droit pénal, (RDPC., 1950, p. 799-813) ;
- 3) Cf. Bouzat, (RIDP., 1948, p. 60) ;
- 4) Cf. Bouzat, Traité.

individus et la propriété privée, c'est évidemment à la condition que ces individus ne se comportent pas tantôt comme de paisibles citoyens, et tantôt comme des combattants clandestins. Par conséquent, lorsqu'un civil se livre à des actes d'hostilité contre l'occupant sans se conformer aux règles prescrites pour la reconnaissance de la qualité de belligérant, notamment sans porter de signe distinctif fixe et reconnaissable à distance (art. 1er RGT), il se met en marge du droit de la guerre. La majeure partie des forces de la Résistance agissaient dans la clandestinité. Plus encore, que les soldats d'une armée régulière, ceux de "l'armée secrète" - il faut ici rendre hommage à leur abnégation - savaient d'avance qu'ils faisaient le sacrifice de leur vie. Sans doute, n'étaient-ils pas plus conscients de leur responsabilité au regard des lois de la guerre que les membres de l'armée occupante contre lesquels ils combattaient, mais ces obligations de droit international n'en existaient pas moins. A s'en tenir au seul point de vue du droit, on ne voit pas pourquoi des obligations correspondantes ne pèseraient pas également sur les épaules des militaires appartenant aux forces françaises et alliées, ni pour quelle raison les infractions aux lois de la guerre dont ils se seraient éventuellement rendus coupables, ne seraient pas poursuivies comme crimes de guerre. Pour reprendre l'exemple déjà cité plus haut, le meurtre d'un prisonnier de guerre français par un allemand est une violation du droit international, au même titre que le meurtre d'un prisonnier de guerre allemand par un français.

Si la notion de justice a un sens, les mêmes faits devraient faire l'objet du même traitement, quelle que soit la nationalité de l'accusé, en sorte que le droit qui applique aux uns un traitement plus rigoureux qu'aux autres n'est pas un droit absolument juste.

Sans doute, le crime de guerre ne se confond-il pas avec le délit politique, ni même avec un délit connexe à un délit politique. Mais le fait que la criminalité de guerre soit l'apanage exclusif de l'ennemi vaincu donne à la répression organisée par l'ordonnance du 28 août 1944 - et par tous les textes étrangers analogues - un inévitable aspect politique. Le but des poursuites pour crimes de guerre n'est pas seulement d'assurer la sanction judiciaire des violations commises, mais surtout de confondre un adversaire en stigmatisant ses méthodes politiques. L'édifice de Nuremberg et les textes nationaux qui lui font suite sont les moyens de mieux abattre un régime et non pas exclusivement les instruments permettant à des juges d'appliquer des sanctions pénales à des individus dont le comportement a été contraire au droit. Le national-socialisme demeure dans chaque procès le principal inculpé. L'Accusation ne manque jamais d'en flétrir les procédés et la défense invoque presque invariablement la contrainte qu'il faisait peser à tous les échelons de la hiérarchie administrative, policière ou militaire. Les jugements aux-mêmes sont le plus souvent obligés

d'en tenir compte, notamment dans les cas où l'accusation d'association de malfaiteurs prévue par l'art. 2, ch. 2, de l'ordonnance se fonde sur l'appartenance à l'une des organisations nationales-socialistes déclarées criminelles par le tribunal militaire international (1).

Ainsi, la notion de crime de guerre, telle qu'elle résulte des textes français et étrangers, trouve-t-elle ici ses limites. Crime de droit international artificiellement assimilé à une infraction de droit commun, son contenu est fonction de l'application qui en a été faite après la deuxième guerre mondiale. La répression organisée par l'ordonnance de 1944 ne représente donc que l'exercice du droit de punir d'une Nation victorieuse à l'encontre des nationaux ennemis dont elle parvient à se saisir, et non la sanction de toutes les infractions aux lois de la guerre commises en France ou au préjudice de ressortissants, d'intérêts ou de biens français. L'exclusion de la loi nationale de l'accusé ennemi, l'interprétation rétroactive de certaines dispositions du droit commun, l'extension du champ d'application de la loi dans l'espace confirment cette orientation délibérée. Il s'agit de châtier spécialement les crimes de l'ennemi. Les tribunaux militaires saisis en vertu de l'ordonnance du 28 août 1944 ont fréquemment entendu invoquer par les accusés les agissements du camp adverse. L'excuse de provocation a même été soulevée parfois devant eux. Mais l'argument de la réciprocité est pour eux sans valeur. Ils n'ont pas à en tenir compte. Leur compétence est limitée aux crimes des vaincus. C'est si vrai que, lorsque les lois de 1948 et 1953 déjà citées, l'étendront à des ressortissants français, ce sera dans la mesure où ces nationaux auront, de gré ou de force, servi la cause de l'adversaire.

On a vu que le principe de l'universalité de juridiction consacré dans les dispositions pénales des Conventions de Genève du 12 août 1949 et l'égalité de traitement qui en résulte entre accusés nationaux et accusés ennemis, n'est ici qu'un palliatif. La solution est liée au problème de la juridiction pénale supranationale.

* * *

1) Cf. Procès, T. I. p. 13 et 269.

CHAPITRE II : LA COMPOSITION DES TRIBUNAUX MILITAIRES
ET LA CONVENTION DE GENEVE DU 27 JUILLET
1929 RELATIVE AU TRAITEMENT DES PRISON-
NIERS DE GUERRE.

Paragr. 1er.- Le problème.

Les rapports qui existent entre l'Ordonnance du 28 août 1944 et la Convention de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre posent un problème d'égalité de traitement entre prisonniers ennemis et militaires de la Puissance détentrice.

Ce problème est double.

L'ordonnance française de 1944, dont l'art. 1er renvoie les auteurs de crimes de guerre "devant les tribunaux militaires français conformément aux lois françaises en vigueur et aux dispositions de la présente ordonnance...", précise à son art. 5 : "Pour le jugement des crimes de guerre, le tribunal militaire est composé, comme il est dit au code de justice militaire. Les juges militaires doivent être en majorité choisis parmi les officiers, sous-officiers et hommes de troupe appartenant ou ayant appartenu aux forces françaises de l'intérieur ou à une organisation de résistance". (1)

A cette sélection obligée parmi les juges qui transforment les tribunaux militaires chargés de juger les crimes de guerre en juridictions spéciales pour l'ensemble des nationaux

- 1) L'art. 5 de la loi du 15 sept. 1948 modifiant et complétant l'ord. du 28.8.44 a ajouté au début de la seconde phrase les mots "sauf impossibilité dûment constatée par l'autorité compétente...".

ennemis accusés (prisonniers de guerre ou civils), s'ajoute une discrimination supplémentaire qui résulte elle, non de la loi, mais plus directement de la jurisprudence et ne touche que les prisonniers de guerre.

Il s'agissait de savoir si les tribunaux militaires composés selon l'art. 5 précité devaient, lorsque les accusés de crimes de guerre se trouvaient être en même temps des prisonniers de guerre, suivre les prescriptions du Code de Justice Militaire sur les assimilations de grades entre juges et accusé, ou considérer, au contraire, les militaires ennemis comme de simples civils sans tenir compte de leurs grades. En d'autres termes, allait-on juger les accusés de crimes de guerre comme des militaires français ainsi que l'exige la Convention de Genève, ou devait-on admettre au contraire que le statut conventionnel de prisonnier de guerre ne pouvait s'appliquer qu'aux délits commis pendant la captivité et non à ceux qui, à l'exemple des crimes de guerre, avaient été commis auparavant ?

I.- LA MAJORITE DE JUGES RESISTANTS DANS L'ORDONNANCE FRANCAISE

La règle de l'art. 5 de l'ordonnance de 1944 consacre entre la situation des militaires français et celle des accusés de crimes de guerre une première différence qui ne présente en réalité pas de difficulté d'interprétation. On se bornera à relever que cette innovation en matière d'organisation judiciaire accentue ce que la justice administrée par l'Etat vainqueur à l'encontre des seuls ressortissants de l'Etat vaincu a de fondamentalement insatisfaisant. On peut penser a priori qu'une telle disposition dont la valeur de symbole est évidente, mais dont les conséquences discriminatoires ne peuvent pas non plus être niées, n'était pas faite pour préparer les voies d'une sereine justice.

La France, il est vrai, n'a pas été la seule à recourir pour le jugement des crimes de guerre à des juges spécialement désignés à cet effet. La très grande majorité des lois étrangères sont même allées plus loin en confiant le soin de juger les ressortissants ennemis à de véritables tribunaux spé-

ciaux (1). Seuls quelques pays ont préféré étendre au jugement des crimes de guerre la compétence des tribunaux existants (2).

D'une manière générale, la création de tribunaux spéciaux a coïncidé avec l'application directe du droit international à la responsabilité pénale des individus. C'est en tout cas le mode de juridiction qui a prévalu dans les pays anglo-saxons où le crime de guerre a été défini comme une violation des lois et coutumes de la guerre, c'est-à-dire comme un crime de droit international, le droit interne n'intervenant que pour régler la procédure.

Mais, plus encore que dans les systèmes édifiés sur l'exemple de l'Ordonnance française, on paraît avoir sacrifié la garantie de l'égalité de traitement avec les nationaux au souci d'organiser une justice rapide et efficace. La fin des hostilités, l'absence de toute possibilité de représailles de la part de l'adversaire ont tout naturellement rendu inimaginable l'hypothèse suivant laquelle les soldats des Puissances victorieuses pourraient un jour subir un sort analogue à celui des accusés allemands. Les textes promulgués à cette époque ne disposant manifestement que pour l'immédiat, on s'explique que le législateur ne se soit guère préoccupé du précédent ainsi créé.

-
- 1) Pour la loi belge : Cf. Law Reports, Vol. XV, p. 202 ; Cons. de gu. de Bruxelles, 2ème ch., 8.2.50 (RDPC févr. 1950, p. 562 ; Cf. aussi C. Bley, Falkenhausen vor den Richtern, Frankfurter Hefte, Mars 1951, p. 159 ; pour la loi néerlandaise : Cf. Law Reports, Vol. XI, p. 86-104 ; vol. XV, p. 34-5 ; pour la loi luxembourgeoise, Cf. Lümmert, p. 99, Law Reports, Vol. XV, p. 31 ; pour la loi polonaise : Law Reports, Vol. VII, p. 82 et Vol. XV, p. 35 ; pour la loi tchécoslovaque : Law Reports, Vol. XV, p. 205 et W. Solnar (RIDP., 1948, p. 65) ; pour la loi hongroise, Cf. RSCDPC, 1947, p. 661 ; pour la loi grecque : Law Reports, Vol. XV, p. 36 ; pour le décret britannique : Law Reports, Vol. I, p. 14, 105, 112 ; Vol. II, p. 126 ; Vol. XV, p. 28 ; pour les lois canadienne et australienne, Cf. resp. Law Reports, Vol. IV, p. 125 et Vol. V, p. 98 ; pour la loi chinoise, Cf. Law Reports, Vol. XIV, p. 159 ; pour l'Allemagne occupée : Law Reports, Vol. III, p. 113, Vol. XV, p. 36 et 40, 41. Juglart, Répertoire, p. 218 ;
 - 2) Pour la loi norvégienne : Law Reports, Vol. III, p. 81 ; pour la loi danoise : Lümmert, p. 91 ; pour la loi yougoslave : Law Reports, Vol. XV, p. 36 ; pour le droit soviétique : Maurach, op. cit. p. 77-78 ; pour la loi des anciennes Indes néerlandaises : Law Reports, Vol. XI, p. 106. Comp. Pour les ordonnances américaines : Law Reports, Vol. III, p. 103 ; et 113 ; et Vol. IV, p. 38.

Car si des Tribunaux spécialement formés pour le jugement des crimes de guerre ont peut-être sur les Tribunaux déjà existants l'avantage de la rapidité, puisque leur compétence est limitée à une catégorie bien délimitée d'infractions et de justiciables, il semble que la renonciation au critère pratique et objectif de l'égalité de traitement avec les militaires appartenant aux forces de la Puissance détentrice, ne puisse être envisagé sans mettre gravement en danger le respect des conventions sur le droit de la guerre.

Tel semble avoir été l'avis des auteurs des Conventions de Genève du 12 août 1949 qui lui ont rendu et à juste titre le rôle qui lui revient en étendant, notamment, aux délits antérieurs à la capture, les prescriptions concernant l'identité des juridictions compétentes et des procédures applicables aux prisonniers de guerre poursuivis et aux militaires nationaux.

II.-LES ASSIMILATIONS DE GRADES ET L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE GENEVE DU 27 JUILLET 1929

1.- Les principes conventionnels.-

Il est assez singulier de voir qu'aucun des textes de lois sur la répression des crimes de guerre, qu'il s'agisse du Statut de Londres de 1945 ou des lois nationales, ne fait allusion à la situation des inculpés qui sont en même temps des prisonniers de guerre.

Pourtant, la plus grande partie des anciens militaires des Puissances de l'Axe qui se sont trouvés sous le coup de poursuites de cette nature étaient enregistrés dans les camps de prisonniers de guerre lorsque ces dispositions pénales ont commencé à recevoir leur application. Leur capture au cours ou à l'issue des hostilités les mettait donc au bénéfice d'un statut international, celui de la Convention de Genève du 27 juillet 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre, dont les Alliés pouvaient difficilement faire abstraction.

En effet, ce traité, auquel la plupart des grandes Puissances étaient Parties - sauf l'U.R.S.S. - contenait un certain nombre de règles sur les sanctions pénales applicables aux prisonniers de guerre. L'égalité de traitement avec les militaires appartenant aux armées de la Puissance détentrice en était le principe directeur : "Les prisonniers de guerre" précisait l'art. 45 de ce que l'on a appelé le code des prisonniers de guerre "seront soumis aux lois, règlements et ordres en vigueur dans les armées de la Puissance détentrice..." (1).

1) Comp. art. 82 Convention No III de 1949 ; et J.S. Pictet "La Croix-Rouge et les Conventions de Genève", Sirey, 1950 ; H.K. Frey "Die disziplinarische und gerichtliche Bestrafung von Kriegsgefangenen", Vienne 1948.

La Convention de 1929 ne faisait que reprendre d'ailleurs les termes de l'art. 28 de la Déclaration de Bruxelles de 1874 auquel l'art. 8 de la IVème Convention de La Haye de 1907 avait donné force obligatoire : "Les prisonniers de guerre seront soumis aux lois, règlements et ordres en vigueur dans l'armée de l'Etat au pouvoir duquel ils se trouvent...".

La plus grande partie des dispositions pénales concernant les sanctions disciplinaires ou judiciaires dont les prisonniers de guerre peuvent être l'objet découlent directement ou indirectement de ce critère fondamental. Les prisonniers de guerre, dit l'art. 46, al. 1, de la Convention de 1929, ne peuvent être frappés d'autres peines que celles qui sont prévues pour les mêmes faits à l'égard des militaires des armées nationales. A identité de grade, les prisonniers de guerre ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que celui prévu en ce qui concerne la même peine dans les armées de la Puissance détentrice (art. 46, al. 2). La détention préventive doit être déduite de la peine prononcée, mais pour autant seulement que cette déduction soit admise pour les militaires nationaux (art. 47, al. 3). De même, l'art. 63 dispose que : "Un jugement ne pourra être prononcé à la charge d'un prisonnier de guerre que par les mêmes tribunaux et suivant la même procédure qu'à l'égard des personnes appartenant aux forces armées de la Puissance détentrice" (1).

Les auteurs de la Convention de 1929 ont même fait un pas de plus en invitant à plusieurs reprises les autorités détentrices de prisonniers de guerre à tenir compte de la situation particulièrement difficile dans laquelle se trouvent les militaires ennemis qui ont déposé les armes. Dépourvus de la protection du pays dans les armées duquel ils ont servi, ils sont pratiquement à la merci de l'adversaire. Par définition, l'ennemi est un être honni. C'est sur les membres de l'armée du camp opposé que se cristallise inévitablement en cas de capture le ressentiment souvent passionné des individus ou des corps de troupe qui les ont fait prisonniers. Même si les militaires ennemis sont soumis aux mêmes règles et aux mêmes tribunaux que ceux de la Puissance détentrice, ils courent donc le risque de se voir appliquer les sanctions les plus rigoureuses, non pas tant en raison de la gravité de leurs actes que du fait de leur appartenance à l'armée ennemie. C'est pourquoi, la Convention de 1929 contenait des règles destinées à servir de frein au réflexe presque nécessaire des autorités détentrices dans le sens de la sévérité. Ainsi, même si de telles sanctions peuvent être prononcées contre les militaires de la Puissance détentrice, "sont interdites toute peine corporelle, toute incarcération dans des locaux non éclairés par la lumière du jour et, d'une manière générale, toute forme quelconque de cruauté", de même que "les peines collectives

1) Cf. ci-dessus, p.154.

pour des actes individuels" (art. 46, al. 2 et 3). Les militaires ennemis, même prisonniers, continuent à appartenir à l'armée qu'ils ont servie, ils ne peuvent donc pas être privés de leur grade par la Puissance détentricice, comme c'est fréquemment le cas lorsque les militaires nationaux sont condamnés par leurs propres tribunaux (1). De même, les belligérants devront faire montre "de la plus grande indulgence" dans l'appréciation de la question de savoir si une infraction commise par un prisonnier de guerre doit être punie disciplinairement ou judiciairement, "notamment lorsqu'il s'agira d'apprécier des faits connexes à l'évasion..." (art. 52, al. 1 et 2). Les prisonniers ne peuvent être frappés d'une peine disciplinaire plus grave que celle des arrêts, lesquels ne doivent pas dépasser trente jours, alors même que les militaires nationaux seraient passibles d'une sanction d'un genre ou d'un montant supérieur à raison de faits analogues (art. 54). Enfin, la Convention de 1929 prévoyait un certain contrôle des poursuites judiciaires par la Puissance protectrice, représentant pendant la guerre auprès de la Puissance détentricice, les intérêts de la Puissance dont les prisonniers sont ressortissants (2). Le délégué de cet Etat neutre devait recevoir notification de l'ouverture des poursuites (art. 60, al. 1), de la date de l'audience de jugement, (art. 60, al. 2) et du jugement lui-même (art. 65). Il avait des possibilités d'intervention en vue de procurer en cas de besoin un défenseur au prisonnier de guerre accusé (art. 62, al. 2) et de transmettre à la Puissance d'origine les jugements prononçant la peine capitale (art. 66).

Dans une certaine mesure, les militaires ennemis sous le coup de poursuites devaient donc bénéficier, non d'un traitement de faveur, mais d'un surcroît de garanties. Cet ensemble de principes restrictifs et de formalités supplémentaires n'avait évidemment pas pour objet de faire de la captivité de guerre un élément justificatif destiné à blanchir des coupables. Il s'agissait seulement d'ajouter au critère objectif de l'égalité de traitement avec les nationaux, des règles destinées à servir de contre-poids aux rigueurs possibles de la Puissance détentricice. Les conditions dans lesquelles certains aviateurs américains ont été jugés pendant la seconde guerre mondiale par des

-
- 1) Comp. art. 87, al. 4, Convention No III de 1949 ; et Travers, op. cit. No 217, p. 293 ; comp. cependant Tribunal Militaire de Lille, 20.12.45 ; Ernst Mueller ;
 - 2) Comp. art. 42 ; et art. 104, 105 et 107 de la Convention No III de 1949 ; v. aussi P. Jenner "La Puissance protectrice en temps de guerre".

tribunaux militaires japonais démontrent que de telles préoccupations n'étaient pas sans objet (1).

Pourtant, l'opinion unanime au lendemain de la seconde guerre mondiale a estimé que les "criminels de guerre" ne pouvaient prétendre au traitement des prisonniers de guerre. Selon ces vues, la Puissance détentrice pouvait donc se dispenser de se conformer à l'obligation de faire juger les prisonniers de guerre accusés de crimes de guerre suivant la même procédure et par les mêmes tribunaux que les militaires appartenant à ses propres forces armées.

En France, les auteurs de l'ordonnance de 1944 avaient implicitement adopté cette manière de voir avant même que les poursuites ne commencent en prescrivant à l'art. 5 déjà cité l'obligation pour les tribunaux militaires chargés de juger les crimes de guerre, de compter une majorité de juges appartenant ou ayant appartenu aux F.F.I. ou à un mouvement de résistance, ce qui n'était pas le cas des tribunaux militaires ayant à juger les autres catégories de crimes ou délits (2).

Mais cette différence de traitement ne s'est pas traduite exclusivement par un texte de loi. En effet, à cette modification de caractère légal s'en est ajoutée une autre, de caractère jurisprudentiel celle-là : l'application conjuguée de l'Ordonnance du 28 août 1944 et du Code de Justice Militaire auquel l'art. 5 renvoie allait poser des problèmes d'interprétation dont il convient d'indiquer maintenant les données en vue de montrer l'évolution significative de la jurisprudence.

2.- Le mécanisme du Code de justice militaire français.-

"Le tribunal militaire", dit l'art. 5 de l'ordonnance d'Alger, "est composé comme il est dit au code de justice militaire". Ce faisant, l'ordonnance renvoie à l'art. 10 CJM où sont fixées la majeure partie des dispositions concernant la composition des juridictions militaires ordinaires (3).

Ainsi, il est prévu à l'art. 10, al. 1 CJM que : "Le tribunal militaire permanent est composé de sept membres : un magistrat civil, président et six juges militaires". En outre - et c'est là le point de départ des divergences d'opinion sur le jugement des prisonniers de guerre accusés de crimes de guerre - la composition du tribunal est modifiée suivant le grade de l'accusé. S'agit-il de juger un colonel de l'armée française, le tribunal compétent sera composé d'un président de chambre de la cour d'appel

1) Law Reports, Vol. V, p. 1 (0,66);

2) Cf. ci-dessus, p. 153;

3) Cf. P. Hugueney, Traité, p. 32 ss. ; M. de Juglart, Répertoire, p. 97 ss. et p. 256.

assisté de deux généraux de division, deux généraux de brigade et deux colonels (art. 10, al. 2, CJM). Mais si l'accusé n'est que soldat de IIème classe ou sous-officier, la présidence du tribunal sera assurée par un conseiller de la cour d'appel et les juges militaires seront un colonel ou lieutenant-colonel, un chef de bataillon ou chef d'escadron ou major, un lieutenant, un sous-lieutenant ou un second lieutenant, un sous-officier (art. 10, al. 5 CJM) (1).

En principe, les dispositions du Code de justice militaire français ne s'appliquent qu'aux ressortissants français. La situation des militaires étrangers est néanmoins entrée dans les prévisions de la loi de 1928 à propos des prisonniers de guerre. L'art. 10, al. 13 CJM précise que dans cette hypothèse : "Les tribunaux militaires appelés à juger des prisonniers de guerre sont composés comme pour le jugement des militaires français, d'après les assimilations de grade". Le législateur français se conformait ainsi par avance à la Convention relative aux prisonniers de guerre qui allait être adoptée l'année suivante à Genève et dont l'art. 63 déjà cité imposait à la Puissance détentrice l'obligation de traduire les prisonniers de guerre sous le coup de poursuites devant les mêmes tribunaux que s'il s'agissait de militaires nationaux.

La question était donc de savoir si les prisonniers de guerre accusés de crimes de guerre devaient ou non se voir appliquer l'art. 10, al. 13 CJM.

Dans le premier cas - et réserve faite de l'art. 5 de l'ordonnance du 28 août 1944 - les nationaux ennemis étaient jugés par les mêmes tribunaux que les militaires français. Sous le rapport des assimilations de grades entre juges et accusés, le principe de l'égalité de traitement prescrit par l'art. 63 de la Convention de Genève du 27 juillet 1929 était respecté.

Dans le second cas, les prisonniers de guerre sous le coup de poursuites pour violations du droit de la guerre étaient assimilés à des non-militaires. Si paradoxal que cela puisse paraître puisqu'il s'agissait, en définitive, pour l'immense majorité de membres des forces armées adverses, ces militaires étaient alors considérés comme des civils. Or, l'art. 186, al. 1 CJM stipule : "Lorsque, dans les cas prévus par les lois, il y a lieu de traduire devant un tribunal militaire, soit comme auteur principal, soit comme co-auteur ou complice, un individu qui n'est ni militaire, ni assimilé aux militaires, le tribunal reste composé,

-
- 1) Ce n'est pas le cas du droit militaire suisse (Cf. Organisation judiciaire et procédure pénale pour l'armée fédérale du 28.6.1889, art. 11 à 16 ; comp. cependant art. 20 à 22, et Eugster, Rapport présenté au VIème Congrès international de droit pénal, Rome, 1953, RIDP., 1953, p. 66).

suivant les cas, comme il est dit aux articles 10 et 155 du présent code pour le jugement des sous-officiers". Ainsi, le tribunal était-il, dans cette hypothèse, invariablement composé d'un président, conseiller à la cour d'appel et de six juges militaires dont le plus élevé en grade était un colonel, et le moins élevé, un sous-officier (art. 10, al. 5 CJM), quel que fût le grade du prisonnier de guerre accusé. L'application de la Convention de Genève était alors écartée.

C'est cette dernière manière de voir qui a dominé la pratique suivie par les tribunaux français dans les premières années de la répression des crimes de guerre, faisant des prisonniers de guerre inculpés de crimes de guerre une catégorie à part, par nature soustraite au bénéfice des garanties prévues par la Convention de 1929.

Pourtant, les expériences faites au cours de la seconde guerre mondiale, où la protection conventionnelle des prisonniers de guerre s'est fréquemment révélée insuffisante ou mal définie, ont peu à peu augmenté le nombre des partisans de la thèse inverse. Aussi, est-ce le principe du maintien de l'application de la Convention de Genève, même lorsque le prisonnier comparait pour des faits antérieurs à sa capture, qui a finalement triomphé dans la Convention révisée de 1949.

Paragr. 2.- La suppression du statut de prisonnier de guerre en cas d'inculpation pour crimes de guerre.

I.- EN FRANCE

Au début des poursuites ouvertes conformément à l'Ordonnance du 28 août 1944, les tribunaux français ont très généralement écarté l'application de l'art. 10, al. 13 CJM. Les militaires ennemis jugés comme prisonniers de guerre et pour des faits commis par eux en cette qualité pouvaient seuls bénéficier des dispositions du code de justice militaire concernant les assimilations de grade, non les "criminels de guerre". Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle eu l'occasion de juger en 1946 que : "Le tribunal est composé pour le jugement de criminels de guerre, et spécialement d'un ex-Gauleiter d'Alsace et de ses collaborateurs, non jugés comme prisonniers de guerre, conformément aux art. 156 et 186 du Code de justice militaire, sans qu'il y ait lieu à application de l'art. 10, al. 13 du même code" (Crim. C., 24 juillet 1946 ; Wagner et autres (1). Le pourvoi en cassation avait cherché, mais en vain, à tirer argument du fait que le Gauleiter Wagner avait rang de Général commandant un corps d'armée et que, par suite, le Tribunal ne pouvait être régulièrement présidé par un colonel (2).

La Cour suprême ne faisait que reprendre la jurisprudence adoptée après la guerre de 1914-1918 à l'égard des officiers allemands poursuivis en application des art. 228 et 229 du Traité de Versailles (3). La Chambre criminelle de la Cour de cassation a eu d'ailleurs l'occasion de confirmer à plusieurs reprises cette manière de voir, mais sans qu'il lui ait paru utile d'en fournir des raisons plus explicites, ni de faire allusion à la Convention de Genève de 1929 (Crim. 28.7.48 ; Rothacker - Gaz. Pal. 1948, 2, 130 ; Crim. 30.12.48 ; Emig - RSCDPC., 1949, p. 381 ; Crim. 5.5.49 ; Aumann ; Crim., 25.5.49 ; Gruber - JCP., 1949, IV, 105 ; D. 1949, 346 ; Crim. 30.5.49 ; Skibbe ; Crim., 15.6.49 ; Hans).

- 1) JCP., 1946, IV, 150 ; Bull. crim. 170 ; cf. aussi Law Reports, Vol. III, p. 23, 42, 50 ;
- 2) En temps de guerre, la présidence des tribunaux militaires est exercée par un officier (art. 125 CJM). Les tribunaux militaires aux armées, établis notamment lorsque des troupes opèrent sur le territoire, sont composés de cinq ou de sept juges suivant des assimilations de grades analogues à celle de l'art. 10 (art. 156 CJM) ;
- 3) Cf. ci-dessus, p. 17 ; et Crim. 27.2.25 (B. crim. No 79, p. 144) ; note Patin (RSCDPC., 1949, 381) ; v. aussi P. Hugueney, Traité, p. 37, note 1.

Cette solution a généralement été approuvée dans la doctrine. Le Prof. P. Hugueney a déclaré à ce propos que la règle de l'art. 10, al. 13 CJM était "étrangère aux crimes de guerre". La distinction qui est faite dans la composition du tribunal suivant que l'accusé est un prisonnier de guerre ou un "criminel de guerre" reposerait ainsi sur une raison de sentiment : "Le prisonnier de guerre a observé les lois de la guerre. Instituer pour le juger un tribunal composé de la même façon que celui qui jugerait un de nos nationaux", ajoute le Prof. Hugueney, "c'est en quelque sorte rendre hommage à l'armée étrangère. Au contraire, le criminel de guerre est considéré comme indigne de ce traitement, il s'est rendu coupable d'un crime de lèse-humanité comme on disait volontiers autrefois, du crime de génocide, comme on dit plutôt aujourd'hui. Qu'il porte des galons ou qu'il n'en ait pas, il sera déféré au tribunal militaire le plus humblement composé" (1).

Ainsi, de l'avis général, le statut de prisonnier de guerre et l'inculpation de crimes de guerre constituent des titres de détention qui ne se superposent pas. En fait, l'un exclut l'autre. On estime que le violateur présumé des lois de la guerre a renoncé ipso facto à toute protection conventionnelle. Il n'a pas respecté les règles du combat. Comment pourrait-il s'en prévaloir après coup pour réclamer le bénéfice de privilèges qui doivent être réservés aux combattants loyaux ?

Comme on l'a déjà relevé, cette attitude n'est pas l'apanage exclusif de la France. Mais, si la plupart des pays étrangers intéressés à la poursuite des crimes de guerre semblent avoir eux aussi écarté l'application de la Convention de Genève et, notamment, de l'art. 63, aux prisonniers de guerre inculpés de crimes de guerre, c'est dans la jurisprudence américaine et hollandaise qu'on trouve les décisions qui se rapprochent le plus du point de vue exprimé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation française dans l'arrêt Wagner.

II.- AUX ETATS-UNIS

La question de l'application de la Convention de Genève a été soulevée à plusieurs reprises devant les juridictions militaires américaines, mais c'est à l'occasion du procès dirigé contre le Général japonais Yamashita, ancien commandant des Philippines, que la Cour suprême des Etats-Unis semble avoir eu pour la première fois après la guerre de 1939-1945 l'occasion de se prononcer.

- 1) Note sous Cass. crim. 25.5.49 ; Gruber (Bul. crim. 1949, No 187, p. 292; RSCDPC., 1950, p. 229) ; dans le même sens : St Glaser "La protection internationale des prisonniers de guerre et la responsabilité pour les crimes de guerre" (RDPC., mai 1951, p. 897).

En effet, le Général Yamashita avait attaqué le jugement par lequel la Commission Militaire américaine de Manille l'avait condamné à mort le 7 décembre 1945, en invoquant notamment à l'appui de son recours la violation de l'art. 63 de la Convention de Genève de 1929.

Cependant, le condamné ne tirait pas argument de la composition irrégulière du Tribunal, comme allait le faire en France le Gauleiter Wagner. Il se plaignait de ne pas avoir bénéficié des mêmes garanties de procédure que les justiciables américains, le tribunal ayant retenu contre lui des preuves dans une forme que la loi américaine prohibe lorsqu'il s'agit de membres des armées des Etats-Unis. Mais si le débat portait sur le droit à bénéficier de la même procédure et non sur celui à être jugé par les mêmes tribunaux que les militaires nationaux, c'était bien l'application de l'art. 63 qui demeurait en cause. Les considérants émis par les juges américains sont donc valables également quant au principe de l'identité de juridiction.

Or, la Cour suprême des Etats-Unis - comme la Cour de cassation française - a formellement dénié aux prisonniers de guerre inculpés de crimes de guerre le droit d'être jugés suivant la même procédure que les militaires appartenant aux armées de la Puissance détentrice. Contrairement à la décision rendue en France, dans l'affaire Wagner, l'arrêt Yamashita tire essentiellement argument de la Convention de Genève elle-même et de la place donnée à l'art. 63 dans l'économie générale de ce traité.

"Nous pensons", disent les juges américains, "que l'examen de l'art. 63 montre clairement par la place qui lui a été assignée dans la Convention que cette disposition vise le jugement prononcé contre un prisonnier de guerre pour une infraction commise alors qu'il était prisonnier de guerre et non pour une violation des lois de la guerre commise lorsqu'il était combattant" (1).

Le jugement rappelle ensuite que l'art. 63 figure dans la troisième partie, intitulée "Poursuites judiciaires" du Chapitre 3 sur les "Sanctions pénales à l'égard des prisonniers de guerre", lui-même subdivision de la section V concernant les "Rapports des prisonniers de guerre avec les autorités". Il conclut : "Il nous paraît résulter à l'évidence des dispositions qui viennent d'être citées que la troisième partie et l'art. 63 qu'elle contient ne visent que les poursuites judiciaires ouvertes contre les prisonniers de guerre qui se sont rendus coupables d'une infraction lorsqu'ils étaient prisonniers de guerre. La section V ne contient aucune indication suivant laquelle cette partie était destinée à comprendre d'autres infractions que celles auxquelles il a été fait allusion dans les première et deuxième parties du Chapitre 3" (2).

1) In re Yamashita 327 U.S.166 Sup.Ct. 348 ; Law Reports, Vol. IV, p. 46 ;

2) Law Reports, ibid., p. 47.

La voie ainsi tracée par la Cour suprême a été suivie sans exception par toutes les juridictions américaines en matière de crimes de guerre. L'application de la Convention de Genève de 1929 a été invariablement écartée (1). Tel a notamment été le cas dans l'aff. List où les juges américains ont rejeté l'exception d'incompétence soulevée contre le tribunal en réaffirmant que les dispositions de l'art. 63 concernaient "uniquement les crimes et délits commis quand les accusés possédaient le statut de prisonniers de guerre", et ne s'appliquaient pas "aux violations du droit international par des actes commis auparavant" (2). La même objection a encore été présentée devant le Tribunal Militaire américain de Nuremberg statuant dans l'aff. Leeb (Procès de l'OKW) à qui il est fait grief d'être incompétent pour le jugement de militaires ennemis accusés de crimes de guerre, seuls les Cours martiales générales étant habilitées à se saisir de crimes ou délits commis par des prisonniers de guerre (3). Après avoir repris l'argument suivant lequel la Convention de Genève ne confère aucun droit particulier lorsqu'il s'agit de crimes commis avant l'acquisition du statut qu'elle contient, les juges américains rejettent l'argument suivant lequel les prisonniers de guerre doivent comparaître devant des Cours martiales comme les membres des forces armées des Etats-Unis. Car les militaires américains "ne sont jugés par des Cours martiales que lorsqu'il s'agit de crimes commis pendant qu'ils jouissaient du statut juridique de membre des forces armées". Ainsi, un meurtre commis avant l'incorporation dans l'armée n'entraîne nullement la compétence d'une cour martiale, ni l'application de la législation militaire à laquelle l'auteur n'était pas encore soumis au moment où il a agi. Le tribunal ne semble pas davantage détourné de son opinion lorsqu'on objecte qu'un prisonnier de guerre ne saurait perdre le bénéfice de la Convention autrement que par une libération inconditionnelle et définitive : "Nous ne croyons pas non plus nécessaire de libérer ces prisonniers de guerre avant de les déférer devant un tribunal. Lorsqu'un individu qui a encouru une peine pécuniaire pour avoir violé une réglementation locale est accusé pendant sa détention préventive d'avoir commis un crime le jour précédent, on ne viole évidemment aucun principe juridique en le maintenant en détention et en le déférant devant un tribu-

-
- 1) Cf. notamment Commission Militaire américaine de Rome, 12.10.45, Général Anton Dostler (Law Reports, Vol. I, p. 22-30-31); Tribunal général du Gouvernement Militaire à Dachau, Martin Gottfried Weiss (Law Reports, Vol. IV, p. 78) ; Tribunal Milit. américain de Nuremberg, 17.4.47 (Law Reports, Vol. VII, p. 27, 48) ;
 - 2) Trib. Milit. américain de Nuremberg, List, 19.2.48 (Law Reports, Vol. VIII, p. 34-55) ;
 - 3) Cf. ci-dessus, p.155 note 2.

nal compétent pour les affaires de meurtres". (1).

III.- AUX PAYS-BAS

L'arrêt Rauter, rendu par la Cour de cassation spéciale des Pays-Bas sur pourvoi contre une décision du Tribunal de 's-Gravenhague du 4 mai 1948 est fondé sur une argumentation analogue à celle des juges américains : L'art. 63 de la Convention de Genève ne vise que les délits commis au cours de la captivité. Car ceux que les prisonniers de guerre ont pu commettre auparavant appartiennent à une catégorie de crimes..." qui, en vertu de conceptions établies depuis longtemps, ont déjà fait perdre aux militaires qui les ont commis la protection à laquelle ils ont droit selon le code des prisonniers de guerre". (2).

Selon la juridiction suprême des Pays-Bas en matière de crimes de guerre, cette interprétation restrictive de l'art. 63 trouve sa justification dans les règles de droit international qui ont précédé la Convention de Genève de 1929.

Ainsi, la Déclaration de Bruxelles de 1874 vise à son art. 28 (issu des art. 31 et 32 du projet russe) exclusivement les infractions commises par les prisonniers de guerre "pendant leur captivité" ou les ententes formées par eux" en vue d'une évasion générale" ou "contre les autorités se trouvant à leur lieu d'internement."

Selon la Cour, l'art. 28 de la Déclaration de Bruxelles n'était nullement destiné à disposer quoi que ce fût au sujet des crimes de guerre commis par les intéressés avant leur capture comme prisonniers de guerre. La première conférence de La Haye de 1899 - ajoute-t-on - n'a pas exprimé d'opinion contraire. L'art. 28 de la Déclaration de Bruxelles a été repris tel quel par l'art. 8 du Règlement annexé à la IVème Convention.

Mais les juges néerlandais veulent encore trouver d'autres motifs de rejeter l'application de la Convention de 1929 dans les travaux préparatoires des Conventions de Genève révisées et nouvelles de 1949. Dans la "Documentation préliminaire" fournie par le Comité International de la Croix-Rouge à la Conférence des experts gouvernementaux réunie à Genève du 14 au 26 avril 1947 (p. 146), la Cour relève que : "le texte de l'art. 45 et les discussions qui ont eu lieu à son sujet lors de la Conférence

- 1) Tribunal militaire américain de Nuremberg, 29.10.48 ; Leeb (Law Reports, Vol. XII, p. 62-3) ; dans le même sens : History of the U.N. War Crimes Commission, Londres, 1948, p. 30 ; Lauterpacht, Punishment of War Crimes, Cambridge, 1941, p. 21 ; Glaser, op. cit. (RDPC., Mai 1951, p. 897) ;
- 2) Cour spéciale de cassation des Pays-Bas, 12.1.49 : Hans Albin Rauter, Law Reports, Vol. XIV, p. 116.

diplomatique de 1929 montrent que les auteurs de la Convention n'ont envisagé que la punition des délits commis au cours de la captivité. Quant aux délits qui auraient été commis, avant la capture, la Convention ne contient aucune disposition...".

Est-ce à dire qu'ils doivent faire retirer à leurs auteurs toute espèce de protection conventionnelle, avant même qu'un jugement régulier ait formellement retenu leur culpabilité ? Les magistrats de la Cour spéciale des Pays-Bas semblent le penser, car ils citent encore à l'appui de leur décision un extrait du rapport sur la Conférence des experts gouvernementaux où les représentants des gouvernements sont plus affirmatifs que ne l'était le Comité International : "En ce qui concerne les crimes de guerre", lit-on dans ce rapport (P. 215), "on fit valoir qu'en vertu d'un principe de droit international coutumier, dont l'origine remonte très loin dans l'histoire, celui qui, en combattant s'écarte des règles essentielles du droit de la guerre ne saurait invoquer le bénéfice de la Convention pour sa protection une fois qu'il est fait prisonnier. La plupart des délégations parurent admettre ce point de vue".

Cette manière de voir n'a pourtant pas été partagée par les Puissances signataires puisque le principe de l'art. 63 de la Convention de 1929 a été repris à l'art. 102 nouveau, et que son application a été étendue aux cas où les prisonniers de guerre seraient poursuivis pour des actes antérieurs à leur capture (art. 85 de la Convention III de 1949.)

Paragr. 3.- Le maintien du statut de prisonnier de guerre en cas d'inculpation pour crimes de guerre.

I.- LE REVIREMENT DE JURISPRUDENCE EN FRANCE

La Cour suprême des Etats-Unis a donné à propos de l'arrêt Yamashita une orientation générale qui s'est manifestée implicitement dans la pratique adoptée par les tribunaux français et, plus clairement encore, dans les décisions américaines et hollandaise qui viennent d'être citées.

Mais cette opinion n'a pas été absolument unanime.

En France, si les pourvois en cassation ont été invariablement rejetés par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, chaque fois que les condamnés tentaient de se prévaloir des mêmes arguments que le Gauleiter Wagner, une certaine tendance contraire a néanmoins commencé à se faire jour parmi les Tribunaux Militaires. En effet, à plusieurs reprises, les inculpés allemands prisonniers de guerre ont été jugés par des tribunaux composés avec les assimilations de grade prévues par le Code de Justice Militaire. En dépit des cassations infligées par la Chambre criminelle - fidèle à sa jurisprudence, suivant laquelle les tribunaux devaient en pareil cas être composés comme pour le jugement des sous-officiers, soldats et civils - les juridictions militaires n'en ont pas moins persisté, lorsque l'occasion se présentait, à manifester l'intention de respecter l'art. 63 de la Convention de Genève de 1929, dans la mesure où l'Ordonnance du 28 août 1944 pouvait les y autoriser (art. 5). La divergence de vues qui s'était ainsi créée entre la Cour suprême et les tribunaux militaires a finalement trouvé sa solution lors d'une affaire Hans et Schwartz.

En effet, s'appuyant cette fois-ci sur la jurisprudence constante de la Chambre criminelle, confirmée par l'arrêt Wagner et les nombreuses autres décisions intervenues depuis lors (1), ces deux prisonniers de guerre allemands, l'un capitaine et l'autre marin, s'étaient pourvus en cassation contre le jugement de condamnation dont ils avaient été l'objet à Bordeaux le 9 mars 1949. Ils motivaient leur recours par la composition, selon eux, irrégulière du tribunal militaire dont les juges avaient été désignés suivant les assimilations de grade conformément à l'art. 10, al. 13 CJM, mais contrairement à la jurisprudence précitée. Ils se plaignaient donc paradoxalement d'avoir été jugés par un tribunal composé de la même manière - sous réserve de l'art. 5 de l'Ordonnance du 28 août 1944 prévoyant une majorité de juges

1) Cf. ci-dessus, p. 162.

résistants pour le jugement des crimes de guerre -, que s'il s'était agi de militaires français. Le juge le moins élevé en grade était donc un capitaine. Les condamnés demandaient à comparaître au contraire devant le tribunal "le plus humblement composé", conformément aux art. 10 et 186 du Code de Justice Militaire.

Cet artifice de procédure n'avait évidemment d'autre but que d'obtenir l'annulation de la condamnation prononcée à Bordeaux et le renvoi de la cause devant un autre tribunal. Ce faisant, les intéressés allaient fournir une occasion de sortir de l'impasse où la jurisprudence de la Cour de cassation et l'opposition marquée des tribunaux militaires avaient placé le problème de la désignation des juges compétents pour connaître des affaires de crimes de guerre.

Fidèle à sa manière de voir maintes fois exprimée, la Chambre criminelle devait, en effet, casser le jugement du tribunal militaire de Bordeaux.

Cependant, le tribunal militaire de Marseille, désigné par la Cour comme juridiction de renvoi, avait prononcé en deuxième instance la condamnation du capitaine Hans et du marin Schwartz dans la même composition que celle du tribunal de Bordeaux qui avait le premier connu de l'affaire. Ses juges étaient désignés suivant les assimilations de grade comme pour le jugement d'un capitaine de l'armée française. Aussi, les intéressés s'étaient-ils à nouveau pourvus contre cette décision, forts de la jurisprudence de la Chambre criminelle qui ne s'était jamais démentie (1). De son côté, le représentant de l'Accusation demandait en revanche le rejet du recours, approuvant ainsi le point de vue du tribunal. L'affaire revenait donc pour la seconde fois devant la Cour suprême.

Ce nouveau pourvoi invoquant les mêmes motifs que le précédent sans qu'aucun élément nouveau fût venu modifier les données du problème, la Chambre criminelle avait alors invoqué l'art. 440 du Code d'Instruction criminelle et la loi du 1er avril 1837 pour se déclarer incompétente et renvoyer la cause devant la Cour de cassation statuant "in plenum" (2).

Ce désaisissement allait conduire à un renversement complet de la jurisprudence suivie jusqu'alors. La Cour de cassation, toutes Chambres réunies, a en effet rejeté la demande d'annulation qui lui était soumise :

"Un prisonnier de guerre ne peut être jugé que par les mêmes tribunaux et suivant la même procédure que pour les personnes appartenant aux forces armées de la Puissance détentrice, aux termes

1) Tribunal Militaire de Marseille, 22.12.49 (B. crim., 1949, No 130, p. 209) ;

2) Cass. crim., 28.4.50 (B. crim., 1950, No 130, p. 209 ; Cf. P. Hugueney, Chronique de dr. pénal milit., RSCDPC, 1951, p. 110.

de l'art. 63 de la Convention internationale des prisonniers de guerre du 27 juillet 1929, promulguée par décret du 10 déc. 1935, lequel article s'applique sans équivoque, même si ce prisonnier comparait pour des faits antérieurs à sa captivité" (1).

Par conséquent, "lorsqu'un officier de l'armée allemande est traduit devant un tribunal militaire, même sous l'accusation de crime de guerre, le tribunal doit être composé comme s'il s'agissait de juger un officier français de même grade et non comme s'il s'agissait de juger un civil, un sous-officier ou un soldat" (2). Les Chambres réunies ont donc très nettement désavoué la Chambre criminelle.

Sans doute, l'expression "l'art. 63 s'applique sans équivoque" n'est-elle guère explicite. On pourrait même reprocher à la Cour, comme l'a fait le prof. Huguency d'avoir posé en principe ce qu'il s'agissait précisément de démontrer. Mais s'il appartenait évidemment à la Cour de cassation de trancher le débat qui lui était déféré, elle ne pouvait, en revanche, se prononcer sans solliciter l'avis du Ministère des Affaires étrangères. En effet, les tribunaux peuvent appliquer les traités internationaux lorsque leur sens et leur portée ne font aucun doute. Mais ils doivent se conformer à l'interprétation officielle du gouvernement chaque fois que les dispositions conventionnelles dont l'application est litigieuse, touchent à des questions d'ordre public international (3). Avant de statuer, la Cour de cassation a donc pris soin apparemment d'inviter l'autorité compétente à prendre position sur le point de savoir si l'art. 63 de la Convention de 1929 était ou non applicable aux crimes de guerre.

La réponse ne pouvait faire de doute. En effet, la Convention révisée du 12 août 1949 était déjà signée par la France et si les instruments de ratification de ce traité n'étaient pas encore déposés, la position prise par la délégation française engageait suffisamment le gouvernement dans la voie d'une extension des garanties judiciaires accordées aux prisonniers de guerre. On observera, en effet, que les plénipotentiaires français avaient non seulement signé la Convention No III dont l'art. 85 maintient l'application de la Convention, même dans le cas des infractions antérieures à la captivité, mais fait en outre ajouter une disposition assurant des garanties supplémentaires aux per-

1) Ch. réunies R. 26.7.50 ; Comm. gouv't Tribunal Militaire Marseille, Hans et Schwartz, B. crim. 1950, No 218, p. 353 ; (JCP., 1950, IV, 145) ;

2) JCP., 1950, I, 5808, note J. Brouhot ; dans le même sens : Ch. réunies, R. 13.12.50 ; Vorländer (JCP., 1951, IV, 14) ; Cass. crim. 27.6.51 ; Kienast et autres, B. crim. 1951, No 185, p. 319 ;

3) Cass. Ch. réunies, R. 27.4.50 - Consorts Friedmann (JCP., 1950, IV, 93).

sonnes poursuivies pour avoir commis une violation grave des conventions humanitaires (1). On pouvait pourtant prévoir que la plupart des inculpés de pareilles violations seraient des prisonniers de guerre et que le libellé de l'art. 85 leur assurerait une protection suffisante. Mais la délégation française, soucieuse de faire bénéficier tous les inculpés du même régime - quel que fût leur statut personnel -, avait proposé et fait adopter l'adjonction à l'art. 49/50/129/146 commun aux quatre Conventions, d'un alinéa 4 ainsi conçu : En toutes circonstances, les inculpés bénéficieront de garanties de procédure et de libre défense qui ne seront pas inférieures à celles prévues par les art. 105 et suivants de la présente Convention" (2).

En se référant à l'attitude adoptée par les représentants français à la Conférence de Genève, la dépêche, dont lecture a été donnée à l'audience des Chambres réunies, optait clairement en faveur de l'application de l'art. 63 de la Convention de Genève non seulement aux infractions commises pendant la captivité, mais aussi aux crimes de guerre.

La Cour n'a donc fait qu'entériner les conclusions de l'interprétation officielle. On peut supposer qu'en procédant par simple affirmation, elle a voulu éviter de s'engager sur le terrain d'une interprétation qui ne relevait pas de sa compétence.

M. le Conseiller Brouchat paraît être cependant d'un avis différent. "Les Chambres réunies", écrit-il, "semblent avoir été guidées plutôt par des considérations d'équité supérieure que par des raisons d'ordre purement juridique... Envisagé sous cet angle, l'arrêt rapporté surprendra moins et même forcera le respect : une simple question de détail a fourni à la plus haute juridiction de notre pays l'occasion de prouver qu'elle entendait demeurer sereine et ne pas s'associer aux sentiments de haine et de vengeance qui, malheureusement, transpirent encore à travers certains textes législatifs ou certaines décisions inconciliables avec l'esprit d'une véritable justice" (3).

Bien que la loi du 15 septembre 1948, à laquelle il est fait ici une allusion transparente, encoure certainement les plus vives critiques, on peut se permettre de penser en premier lieu qu'il existe des motifs d'ordre juridique à l'appui de la thèse défendue par la Cour, et ensuite, qu'une telle juridic-

-
- 1) Dans le chapitre commun aux quatre conventions de 1949 sur la "répression des abus et des infractions", art. 49/50/129/146 et s. ;
 - 2) Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, Tome II, B., p. 33 ; Commentaire publié sous la direction de J.S. Pictet, Directeur des Affaires générales du CICR, I, La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les forces armées en campagne, Genève, 1952, p. 414-415 ;
 - 3) JCP., 1950, I, 5808.

tion ne saurait, en principe, se laisser influencer par des considérations d'opportunité : elle est et doit rester "la gardienne suprême du droit" (1).

Quoi qu'il en soit, l'arrêt Hans est dépourvu de toute ambiguïté. L'autorité qui s'attache aux décisions rendues par la Cour de cassation toutes Chambres réunies permet difficilement de formuler à cet égard des réserves que rien apparemment ne semble justifier.

On ne saurait dire en revanche si les juges français ont été sensibles aux considérations d'opportunité qui paraissent avoir incité deux juges à la Cour suprême des Etats-Unis à faire inscrire des avis divergents à la suite de l'arrêt rendu le 4 févr. 1946 contre le Général japonais Yamashita (2). L'un des représentants de la minorité a fondé notamment son opposition à la condamnation prononcée sur la règle conventionnelle de l'égalité de traitement entre nationaux et prisonniers de guerre, quel que soit le moment où ils ont commis leur acte. Le juge Rutledge rejette en effet l'argument suivant lequel la place donnée à l'art. 63 dans la Convention de Genève de 1929 serait une raison d'en limiter l'application aux seuls délits commis pendant la captivité, à l'exclusion des violations du droit de la guerre commises auparavant. L'interprétation maintenant la protection conventionnelle lui paraît devoir être préférée à la solution restrictive : "En effet, une telle interprétation s'impose autant pour garantir la sécurité de nos propres soldats tombés en captivité, que pour assurer celle des prisonniers que nous capturons. L'interprétation inverse laisse les prisonniers de guerre à la merci de toutes les formes de procès et de châtimement que ceux qui les ont capturés pourraient désirer leur appliquer pour des violations du droit de la guerre, tandis qu'elle les protège dans les limites prévues par la Convention, lorsqu'il s'agit d'atteintes à la discipline" (3). Le juge Rutledge conclut en notant que l'accusé avait le droit d'être jugé suivant la même procédure qu'un militaire américain et que l'application de l'art. 63 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre lui ayant été refusé, la procédure suivie contre lui constitue une violation de la Convention.

Cette opinion est annonciatrice du changement d'optique qui a conduit à l'adoption de l'art. 85 de la Convention de Genève révisée le 12 août 1949. La Cour de cassation française a donc traduit par avance les effets des dispositions nouvelles dans l'affaire Hans, qui se situait encore sous l'empire de l'ancienne Convention de 1929.

- 1) P. Hugueney, Chronique de droit pénal militaire, RSCDPC, 1951, p. 110 ;
- 2) arrêt cité (Law Reports, Vol. IV, p. 69, 71, 73) ;
- 3) Ibid., p. 72.

Ce faisant, elle n'a pourtant pas anticipé sur l'application de la Convention de 1949, qui n'a été ratifiée par la France que le 28 juin 1951 et n'est entrée en vigueur dans ce pays que six mois plus tard. En effet, l'interprétation officielle que le gouvernement français a donnée de l'art. 63 ancien reposait, comme on va le voir, sur des raisons d'ordre juridique suffisamment solides pour pouvoir se dispenser de la confirmation apportée par la Convention révisée de 1949. En restituant à l'art. 63 une portée générale, quel que soit le moment où le crime poursuivi avait été commis, la Cour suprême s'est simplement conformée au sens véritable des dispositions conventionnelles concernant les sanctions pénales à l'égard des prisonniers de guerre.

Etant donné le caractère laconique de l'arrêt qu'elle a rendu dans cette affaire, le 26 juillet 1950, il ne paraît pas inutile de chercher à dégager du texte de 1929 les principaux motifs qui permettent d'écarter la thèse de l'interprétation restrictive de l'art. 63, ôtant le bénéfice du statut conventionnel aux prisonniers de guerre poursuivis pour crimes de guerre.

II.- LES ELEMENTS D'INTERPRETATION DE L'ART. 63 DE LA CONVENTION DE GENEVE de 1929.

La thèse jusqu'alors dominante limitant l'application de cette disposition aux seuls crimes ou délits commis par les prisonniers de guerre pendant leur captivité semble reposer sur une interprétation erronée de la nature des garanties judiciaires prévues par la Convention de Genève et sur une discrimination arbitraire parmi les prisonniers de guerre poursuivis devant les tribunaux de la Puissance détentricice.

1.- La nature des dispositions concernant les sanctions pénales dans la Convention de Genève de 1929.

En effet, les 23 articles consacrés par la Convention de 1929 aux "Sanctions pénales à l'égard des prisonniers de guerre" (Titre III, Section V, Chapitre 3, art. 45 à 67) ne sont pas une manière de code de procédure criminelle destiné à régir de façon exhaustive les poursuites disciplinaires ou judiciaires dont les prisonniers de guerre peuvent être l'objet.

Il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux travaux préparatoires de cette convention et principalement au rapport de la commission présidée par le secrétaire de Légation, Alexandre Girardet (1). L'idée première d'insérer dans le code

1) Revue Intern. de la Croix-Rouge, août 1923, p. 776.

des prisonniers de guerre un véritable droit pénal spécial à l'intention des prisonniers de guerre a été nettement abandonnée (1). En fait, le Chapitre 3 en entier paraît avoir un caractère essentiellement supplétif. L'art. 45 renvoie expressément au droit applicable dans les armées de la Puissance détentrice en réservant seulement (al. 3) les dispositions du chapitre 3, dont le dessein est avant tout de garantir une justice aussi objective que possible. La Convention a cherché à prévenir par là un excès de sévérité de la part de la Puissance détentrice à l'encontre de justiciables que leur qualité d'étrangers et, par surcroît, d'ennemis, exposait à des abus de toutes sortes, ainsi que les expériences faites au cours de la première guerre mondiale l'avaient amplement démontré. Cette intention est clairement illustrée par l'ensemble des règles prévues en faveur des prisonniers de guerre sous le coup de poursuites qui révèlent toutes le souci de maintenir l'appréciation des crimes et délits commis par les prisonniers de guerre à l'abri de considérations étrangères aux débats.

Dans ces conditions, on ne voit pas comment la place qui a été donnée à la troisième partie du chapitre 3 concernant les poursuites judiciaires pourrait être une raison d'expliquer les principes qu'elle contient à certains délits et non à d'autres. Les motifs qui ont poussé les Puissances signataires à adopter ces règles fondamentales tiennent au fait que les poursuites s'exercent contre les membres de l'armée ennemie et non à la nature des chefs d'accusation ou à l'époque à laquelle les infractions ont été commises. Le but est de garantir autant que possible une justice sereine et non de jeter les bases d'une justice particulière aux prisonniers de guerre.

C'est dire que les art. 45 à 67 de la Convention de 1929 ne constituent nullement des privilèges, mais bien des garanties judiciaires minimales. On ne saurait voir là un traitement de faveur dont seraient exclus les militaires nationaux puisqu'aussi bien le critère d'application des plus importants de ces principes repose précisément sur l'égalité de traitement entre prisonniers et nationaux. Dès lors, pourquoi les raisons qui motivaient l'octroi de garanties judiciaires disparaîtraient-elles, parce que le militaire ennemi comparait pour des crimes commis avant de tomber au pouvoir de l'adversaire, plutôt qu'après ?

Bien au contraire, il faut considérer que leur importance s'est évidemment accrue dans la mesure où les violations du droit de la guerre doivent paraître plus odieuses et plus graves que les délits commis au cours de la captivité. Il est alors plus que jamais nécessaire que les droits attachés à la condition de prisonnier continuent à être garantis au prisonnier de guerre inculpé de crime de guerre. Dans le droit commun, l'importance

1) Frey, op. cit. p. 3.

des garanties de procédure ne diminue pas à mesure que l'infraction devient plus grave, elle augmente. On ne voit pas pour quelle raison il en serait autrement dans le cas des crimes de guerre. Retirer le bénéfice de dispositions telles que les art. 45 à 67 de la Convention de Genève de 1929 aux prisonniers de guerre accusés de crimes de guerre n'a pas plus de sens que d'empêcher, par hypothèse, les accusés comparaissant en Cour d'Assises d'avoir recours au ministère d'un avocat, alors qu'ils peuvent être pourvus d'un défenseur en correctionnelle.

2.- La suspicion ou la prévention d'avoir commis un crime de guerre peut-elle être un motif de retrait du statut de prisonnier de guerre ?

On a soutenu, d'autre part, que le droit international accordant aux prisonniers de guerre une situation privilégiée - contrairement, croyons-nous avoir montré ci-dessus, au sens de la Convention -, les "criminels de guerre" seraient indignes d'en bénéficier. Seuls, les combattants "loyaux" pourraient, par conséquent, prétendre à la protection conventionnelle. Bien qu'on reconnaisse la nécessité de leur accorder un jugement régulier, les "criminels de guerre" devraient donc être abandonnés à la discrétion de la Puissance détentrice (1).

Cette distinction entre chevalier et pirate semble dépourvue de fondement, au moins dans le domaine de la protection qui est due aux prisonniers de guerre en vertu de la Convention.

Il convient de relever en premier lieu que rien dans le texte conventionnel ne justifie cette assertion. La condition de prisonnier de guerre ne résulte sans doute ni d'une vengeance, ni d'une punition, mais aucun élément ne permet non plus de lui conférer un caractère honorifique. La captivité de guerre constitue une mesure de sécurité dont le seul but est d'empêcher les prisonniers de prendre part à nouveau aux hostilités. C'est d'ailleurs là une expression du principe suivant lequel il est contraire à la tradition militaire de tuer ou de blesser des individus sans défense (2). Si elle engendre des conséquences juridiques dont l'ensemble constitue un véritable statut, la captivité de guerre est, par conséquent, avant tout un état de fait, dont la réalisation dépend des conditions définies par l'art. 1er de la Convention et non des mérites ou de la loyauté, réelle ou supposée des combattants. Il suffit pour être prisonnier de guerre

1) Glaser, op. cit. (RDPG., mai 1951, p. 897) et "La Convention de Genève et les criminels de guerre" (RDPG, 1952, No 5, p. 517) ; P. Hugueney, Chronique de droit pénal militaire, note sur Cass. crim. 25.5.49 ; Gruber (B. crim. 1949, No 187, p. 292) dans RSCDPC., 1950, p. 229 ; comp. aussi Procès, T. I, p. 241 ;

2) Procès, T. I, p. 244.

que l'individu relevant du camp adverse possède la qualité de belligérant au sens où l'entendent les art. 1 à 3 du Règlement de La Haye, lorsqu'il dépose les armes et que sa reddition se produit au cours d'opérations de guerre (1). Sitôt ces conditions réunies, le bénéfice de la Convention doit lui être acquis. Il ne pourrait en être autrement que dans l'hypothèse où l'ennemi ne serait pas en mesure de prétendre à la qualité de belligérant, par exemple, s'il ne portait pas d'uniforme ou aucun "signe distinctif fixe et reconnaissable à distance" (art. 1er, ch. 2 RGT), ou encore, s'il était appréhendé après la cessation des hostilités. Faire de la conduite des combattants une condition supplémentaire de la protection conventionnelle, c'est ajouter indûment à la Convention de Genève une règle qui n'y figure pas et dont l'effet serait, si elle existait réellement, d'aggraver la situation des prisonniers.

Quels que soient les motifs invoqués à l'appui d'une telle mesure, on ne saurait admettre en second lieu qu'un prisonnier de guerre soit unilatéralement privé de son statut conventionnel par la Puissance au pouvoir de laquelle il se trouve, tant qu'il n'a pas été libéré et rapatrié définitivement (2).

Force est cependant de constater qu'à ce point, la pratique suivie, aussi bien d'un côté que de l'autre dans le conflit de 1939-1945, était inconciliable avec une stricte observation des obligations conventionnelles. Le IIIème Reich a purement et simplement dénié la protection de la Convention de Genève de 1929 aux membres de l'armée soviétique (3). En dépit des prescriptions non équivoques du Règlement de La Haye de 1907, que l'U.R.S.S. avait pourtant déclaré reconnaître, le traitement des prisonniers russes en mains allemandes paraît avoir été contraire aux plus élémentaires principes d'humanité. Quant aux Puissances alliées, la capitulation inconditionnelle de l'Allemagne et du Japon semble les avoir incitées à prendre, elles aussi, quelques libertés avec le statut conventionnel de prisonnier de guerre. Elles ont, non seulement créé la qualification nouvelle de "Surrendered Enemy Personnel" pour les masses considérables de militaires ennemis qui avaient opéré leur reddition collective au moment de l'armistice, mais aussi purement et simplement retiré le bénéfice de la Convention de 1929 à de nombreuses formations de SS ou de police allemande, considérées comme collectivement criminelles et transformées du jour au lendemain par la seule vertu d'une décision administrative en détenus civils.

On voit, par ce dernier trait, que de telles mesures discriminatoires empiétaient sur le domaine qui aurait dû

- 1) Comp. la définition des prisonniers de guerre dans la Convention de Genève révisée No III de 1949, art. 4 ;
- 2) Comp. Convention No III de 1949, art. 5, al. 1 ;
- 3) Cf. Procès, T.I, p. 241.

être celui des juges en anticipant par surcroît sur une décision de culpabilité. Le qualificatif infâmant de "criminel de guerre" a été très généreusement distribué au lendemain des hostilités à tous les militaires des Puissances vaincues, suspectées - très souvent avec raison, mais parfois à tort, le nombre des ordonnances de non-lieu et des acquittements en témoigne (1) - d'avoir pris part aux atrocités commises pendant la guerre. De là à leur dénier d'emblée et sans autre examen le bénéfice d'une Convention internationale comme celle des prisonniers de guerre, il n'y avait qu'un pas. Le climat psychologique du lendemain de l'armistice explique cet arbitraire. C'était alors faire preuve d'une suffisante équité que de traduire les auteurs présumés de crimes de guerre devant des tribunaux, alors que le IIIème Reich avait exterminé par voie d'exécutions sommaires des centaines de milliers de français. Un ennemi si peu soucieux des lois de la guerre ne pouvait avoir le front de réclamer pour lui-même le bénéfice de traités internationaux qu'il avait si fréquemment violés lorsqu'il était le plus fort. C'est pourquoi, les prisonniers de guerre eux-mêmes n'ont pas été jugés comme prisonniers de guerre, mais "comme criminels de guerre" lorsqu'ils comparaissaient pour des crimes antérieurs à leur capture. Avant même qu'un verdict de culpabilité ait été rendu par une juridiction compétente, ces hommes étaient, la plupart du temps, considérés comme effectivement responsables de tous les crimes qui leur étaient imputés. Il n'est donc pas étonnant qu'on leur ait appliqué des règles de droit aussi révolutionnaires que celles de l'ordonnance du 28 août 1944 instituant, par exemple, une présomption de complicité à la charge des supérieurs (art. 4) ou de la loi du 15 septembre 1948 permettant également un renversement du fardeau de la preuve grâce à un postulat de responsabilité collective. On faisait de cette manière bon marché de la présomption d'innocence de l'inculpé.

La simple suspicion de crimes de guerre, ou même une prévention suffisamment établie ne saurait entraîner le retrait du statut de prisonnier de guerre. A supposer que les crimes commis soient d'une telle gravité qu'une mesure de cette nature puisse éventuellement se justifier, par exemple, pour des raisons de prévention générale - ce qui, encore une fois, paraît contraire tant à la lettre qu'à l'esprit de la Convention de Genève -, la suppression de la protection conventionnelle et des garanties judiciaires qui en découlent ne devrait pas avoir lieu sans un jugement régulier devant un tribunal régulièrement composé. La Puissance détentrice n'a pas le pouvoir de radier de sa propre autorité un militaire ennemi des cadres de l'armée à laquelle il appartient. Elle ne saurait s'arroger celui de lui retirer la qualité de prisonnier de guerre qui est précisément attachée à sa condition de membre des forces armées adverses. Et s'il est à la

1) Cf. ci-dessus, p. 33, note 1.

rigueur concevable qu'une condamnation définitive prononcée à la suite d'un jugement régulier puisse avoir un tel effet, il est en revanche inadmissible que la Puissance détentrice se délie elle-même des obligations résultant d'un traité auquel elle a solennellement souscrit, tant que la règle du jugement préalable n'a pas été respectée (1).

3.- Le cas du crime de guerre commis au moment de la capture.

On peut se demander cependant s'il n'existe pas des cas où la culpabilité de l'ennemi qui se rend est d'emblée si manifeste que la violation des lois et coutumes de la guerre dont il s'est rendu responsable doit lui faire contester la qualité de belligérant et par là même celle de prisonnier de guerre.

En effet, sous l'empire de la Convention de 1929, la qualité de prisonnier de guerre est définie simplement par renvoi aux art. 1 à 3 du Règlement de La Haye de 1907 (art. 1er de la Convention de Genève du 27 juillet 1929). Or, l'art. 1er RGT subordonne l'attribution de la qualité de belligérant dans le cas des milices et corps de volontaires à l'obligation "d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés" (Ch. 1) "d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance" (Ch. 2), "de porter les armes ouvertement", (ch. 3) "et de se conformer dans leurs opérations aux lois et coutumes de la guerre" (ch. 4). On s'accorde généralement à admettre que les membres des forces armées régulières sont également assujettis aux conditions prévues par le Règlement de La Haye. Etant donné que la dernière condition résume en quelque sorte les précédentes, une interprétation littérale de l'art. 1er de la Convention de Genève et de l'art. 1er du Règlement de La Haye auquel le code des prisonniers de guerre se réfère, conduirait à penser que le militaire ennemi qui a commis une infraction "aux lois et coutumes de la guerre", pourrait en cas de capture se voir contester le droit au traitement de prisonnier de guerre.

On a vu que c'était là l'opinion dominante dans la doctrine et la jurisprudence qui ont immédiatement suivi la fin de la 2ème guerre mondiale (2). Cependant, s'il faut évidemment écarter, pour les raisons qui ont déjà été exposées plus haut, le principe d'un retrait du statut conventionnel lorsque le prisonnier de guerre est inculpé d'une infraction antérieure à la captivité, on pourrait en revanche s'interroger sur l'application de la Convention de Genève (de 1929) lorsque le crime de guerre a été

1) Voir l'amendement soviétique à l'art. 85 de la Convention III de 1949 (Actes, T. II B, p. 296), repoussé à la 16ème séance plénière (Ibidem, p. 306) ;

2) cf. ci-dessus, p. 162.

commis au moment même de la capture ou immédiatement avant. Ainsi, un aviateur ennemi vient-il à bombarder un hôpital, quelle devra être l'attitude de la Puissance qui le fait prisonnier, si son appareil est abattu immédiatement après ? A supposer que la violation des lois de la guerre soit évidente et que toute possibilité d'erreur de la part de son auteur doive être écartée, devra-t-on le faire bénéficier des droits et privilèges inscrits dans la Convention de Genève, en dépit d'un crime flagrant ? Ou le mépris manifeste des lois de la guerre dont il a témoigné au moment de la capture doit-il lui ôter d'emblée le droit à être reconnu comme prisonnier de guerre ? Ce qui revient à examiner, dans le domaine des garanties judiciaires attachées au statut conventionnel, si la Puissance détentrice est tenue de se conformer par exemple à l'obligation de faire juger l'intéressé par les mêmes tribunaux et suivant la même procédure que s'il s'agissait d'un militaire appartenant à ses propres forces armées ou si elle est, au contraire, libre de le faire traduire devant n'importe quel tribunal, voire même de l'exécuter sans jugement préalable.

Il convient, tout d'abord, de distinguer deux situations qui sont généralement confondues. Ainsi, Wheaton déclare-t-il notamment : "Lorsque des hommes sont faits prisonniers au moment où ils commettent des violations du droit international ou après qu'ils en aient commis, ils ne sauraient réclamer le bénéfice des privilèges et du traitement accordé aux prisonniers de guerre loyaux ..." (1), on concède pourtant que le moment où le violateur des lois de la guerre a agi revête une particulière importance pour la détermination du droit au traitement de prisonnier de guerre sous le régime de la Convention de 1929. Il n'est pas indifférent que la commission du crime de guerre coïncide avec la capture ou lui soit au contraire nettement antérieure.

Car les conditions auxquelles l'art. 1er du Règlement de La Haye subordonne la reconnaissance de la qualité de bellicérant doivent, en cas de capture des combattants ainsi définis, pouvoir faire l'objet d'un contrôle instantané. Les troupes ennemies sont-elles encadrées, portent-elles un uniforme, cachent-elles leurs armes ? Autant de questions qui ne peuvent viser que l'aspect et le comportement actuels de l'adversaire qui opère sa reddition, non sa conduite passée, et encore moins celle de l'unité à laquelle il appartient, considérée dans son ensemble. Le déroulement rapide de la lutte armée ne permet pas des investigations approfondies qui sont de la seule compétence des policiers et des juges. Les forces armées de la Puissance captrice ne devraient donc pas avoir à tenir compte des crimes de guerre commis au cours des hostilités ou de l'occupation, mais uniquement des infractions

1) Wheaton's International Law, T. II, p. 180 ; dans le même sens, Glaser, op. cit. (RDPC., Mai 1951, p. 897).

qui auraient un lien suffisamment étroit dans le temps avec les circonstances de la reddition pour permettre à ceux qui opèrent la capture d'en faire eux-mêmes la constatation. La reconnaissance du statut de prisonnier de guerre doit être la règle et le refus d'accorder cette protection conventionnelle, l'exception. Sinon, l'un des belligérants, prenant prétexte des crimes de guerre commis par l'autre pour ne plus faire de prisonniers, il s'ensuivrait inévitablement des mesures de représailles de la part de l'adversaire. L'expérience montre qu'en pareil cas, la gravité des violations commises de part et d'autre suit une courbe ascendante que les traités internationaux sont impuissants à briser. Il importe donc au premier chef de limiter l'éventualité d'une contestation du droit au traitement de prisonnier de guerre à l'hypothèse où la capture est immédiatement consécutive à la commission du crime de guerre dont le membre de l'armée ennemie s'est rendu responsable. Si un certain temps s'est écoulé entre l'infraction et la reddition, la protection conventionnelle doit être acquise.

Il importe de faire, d'autre part, la distinction entre le cas du flagrant délit proprement dit et celui où l'auteur de l'infraction est seulement précédé d'une certaine notoriété criminelle. On a fait valoir, en effet, que la plupart des droits nationaux prévoient une procédure accélérée pour le flagrant délit (P. ex., l'art. 41 du Code d'Instruction criminelle français), et que la notoriété et la continuité de certains crimes de guerre pouvaient rendre superflues la recherche et la production des preuves. Il en serait ainsi des crimes de guerre poursuivis devant le Tribunal Militaire International de Nuremberg, voire même de certains cas de crimes ordinaires, à propos desquels les services de recherches nationaux ont réuni des charges si accablantes que la culpabilité serait pratiquement établie par avance (1).

Sans doute, peut-on imaginer, par exemple, qu'un gardien de camp de concentration ou qu'un membre de la police d'Etat ait, au moment d'être fait prisonnier, une certaine renommée criminelle. Sa conduite à l'égard des internés ou des habitants du pays occupé a été, par hypothèse si cruelle, que son nom et les crimes dont il s'est rendu responsable sont connus de tous. Mais si cette activité criminelle ne s'est pas prolongée jusqu'au moment même de la capture, pourra-t-on admettre que la procédure plus expéditive qui est réservée aux flagrants délits soit étendue aux crimes simplement notoires, si évidents qu'ils puissent paraître ? L'art. 41 CIC précité assimile, il est vrai, le flagrant délit au cas où le prévenu est poursuivi par la clameur publique (délict réputé flagrant). Mais le Prof. Donnedieu de Vabres rappelle qu'il ne faut pas confondre clameur et rumeur publique(2).

1) Glaser, op. cit. (RDFC., 1952, No 5, p. 517) ;

2) Donnedieu de Vabres, Traité, No 1381, p. 788.

Il semble donc malaisé de mettre sur le même pied le cas du délit "qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre" (art. 41, al. 1 CIC), voire même le cas du délit réputé flagrant (Art. 41, al. 2, CIC), avec celui où la nouvelle d'un délit passé a trouvé une diffusion suffisamment grande pour être connue d'un cercle relativement grand de personnes. Quels que soient son étendue et la précision des éléments sur lesquels elle repose, la notoriété criminelle de certains violateurs des lois de la guerre ne saurait autoriser l'abandon d'aucune des règles de procédure et d'organisation judiciaire qui sont les conditions d'un jugement régulier. Son existence est ici fonction du temps qui s'est écoulé entre la commission des crimes qui l'ont fait naître et le moment où l'auteur finit par être appréhendé. Cet intervalle exclut le caractère actuel inséparable de la notion de flagrant délit. Il est donc impossible de considérer, tant qu'il s'agit d'une procédure contradictoire, que la culpabilité de l'ennemi qui est seulement l'objet d'une notoriété criminelle, est par avance établie.

Le problème étant circonscrit de cette manière au seul cas où des membres de l'armée ennemie commettent des violations des lois et coutumes de la guerre au moment où ils sont faits prisonniers, ou immédiatement avant, il faut reconnaître qu'à s'en tenir à la lettre de l'art. 1er de la Convention de 1929, la Puissance caprice pourrait s'estimer fondée à dénier en pareil cas le droit des intéressés à bénéficier de la protection conventionnelle.

Au cours de la guerre de 1939-1945, cette interprétation restrictive paraît avoir été surtout le fait des Puissances de l'Axe. En Extrême-Orient, des tribunaux militaires japonais siégeant en Chine ou à Hong-Kong, ont, à plusieurs reprises, condamné à mort des aviateurs américains dont les appareils avaient été abattus au cours d'attaques délibérément dirigées, selon les accusateurs japonais, sur des objectifs non militaires. Aux termes des poursuites engagées après la capitulation du Japon contre les magistrats du pays vaincu, prévenus d'avoir prononcé des condamnations en observant une procédure par trop expéditive, les pilotes américains qui ont été l'objet de ces jugements sommaires n'avaient pas été considérés comme prisonniers de guerre (1). En Europe, le statut des mouvements de résistance organisés, c'est-à-dire des partisans, n'étant pas fixé avec suffisamment de précision, le IIIème Reich a pris prétexte de cette incertitude du droit pour refuser le traitement de prisonniers de guerre, aussi bien aux guérillas qui s'étaient conformées aux conditions stipulées par l'art. 1er du Règlement de La Haye, qu'aux francs-tireurs qui les avaient violées, par exemple, en s'abstenant de porter en permanence un signe distinctif ou en dissimulant leurs armes. En dépit des efforts répétés du Comité International de la

1) Law Reports, Vol. V, p. 1, 60, 66.

Croix-Rouge, les autorités allemandes ont toujours refusé d'accorder formellement le statut de prisonniers de guerre aux membres des forces françaises de l'intérieur capturés (1).

Quant aux Puissances alliées, elles semblent s'être généralement laissé guider, non par le comportement individuel des ennemis au moment de leur capture, mais par le caractère des unités auxquelles ils appartenaient. Sans qu'on puisse pourtant voir là une règle absolue, elles ont fréquemment refusé, ainsi qu'on l'a déjà relevé, la qualité de prisonnier de guerre et traité comme détenus civils les membres des SS et ceux de la Gestapo et du Sicherheitsdienst (S.D.), organisations déclarées criminelles par le Tribunal Militaire International de Nuremberg (2). C'est, en fait, l'assimilation de la notoriété criminelle au cas du flagrant délit, dont le caractère artificiel a été dénoncé plus haut.

Les inconvénients de cette manière de faire sortévidents.

Rares seront les cas où le caractère criminel des actes commis au moment de la capture ne prêteront pas à discussion. Au lieu de bombarder un hôpital dûment signalé comme tel, le pilote ennemi fait prisonnier a attaqué une colonne de civils réfugiés, qu'il a pris pour un rassemblement de troupes ennemies. Doit-on lui refuser la protection de la Convention de Genève, au moins tant que sa culpabilité n'aura pas été établie à la suite d'un jugement rendu par un tribunal régulièrement constitué ? Il en ira de même lorsqu'il s'agira d'apprécier la mesure des destructions autorisées par les nécessités de la guerre (art. 23g RGT). Tant que la guerre aérienne, notamment, ne sera pas régie par des dispositions claires et dont la force obligatoire ne puisse être mise en question, il semble impossible de subordonner l'application de la Convention de Genève aux violations des lois de la guerre imputées aux prisonniers, même si les crimes coïncident avec la capture.

Le risque de voir la protection conventionnelle demeurer lettre morte dans un nombre de cas toujours plus grand, tant la controverse sur le caractère criminel des faits de guerre est aisée, semble trop grand pour qu'on puisse s'accommoder d'une telle brèche dans le champ d'application de la Convention relative aux prisonniers de guerre. En outre, on voit mal en quoi des garanties comme le droit à être jugé suivant la même procédure et par les mêmes tribunaux que les militaires de la Puissance détentrice pourraient entraver la répression des crimes de guerre. Ce n'est certes pas désarmer la justice que d'exiger le maintien de principes qui doivent la rendre équitable.

1) Rapport du CICR sur son activité pendant la seconde guerre mondiale, Vol. I, p. 541 ;

2) Procès, T.I, p. 13.

III.- LA CONVENTION DE GENEVE REVISEE DU 12 AOUT 1949

Le principe d'une protection conventionnelle appliquée à tous les prisonniers de guerre, quelle que soit la nature des crimes ou délits qui leur sont reprochés, n'a pas été admis sans difficulté. La doctrine du retrait du statut international en cas de poursuite pour crime de guerre avait gardé, en effet, de nombreux partisans. Et si la thèse inverse a finalement recueilli la majorité des suffrages à la Conférence diplomatique de Genève de 1949, on peut craindre que les Parties contractantes ne limitent considérablement dans la pratique la portée du geste qu'elles ont été amenées à faire. La seconde guerre mondiale comportait pourtant dans ce domaine des enseignements dont il était impossible de ne pas tenir compte.

1.- Le statut de prisonnier de guerre doit-il être retiré avant ou après jugement ?

Dès la conférence réunissant à Genève en avril 1947 les experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, le Comité International de la Croix-Rouge avait attiré l'attention des experts sur les problèmes posés par les délits commis avant la capture.

Ainsi que l'ont relevé les juges néerlandais dans l'affaire Rauter (1), le Comité International avait, sans doute, commencé par constater que seule la punition des délits commis au cours de la captivité avait été envisagée par l'art. 45 de la Convention de 1929 qui ne contenait au surplus aucune disposition visant les délits commis avant que les militaires ennemis ne tombent au pouvoir de la Puissance détentrice (2).

Mais, à la question de savoir si cette dernière catégorie de délits "qualifiés d'une manière assez générale de crimes de guerre" devrait être prévue dans la Convention révisée, le Comité International avait, en outre, déclaré : "Pour sa part, le Comité International a soutenu le point de vue que les règles de procédure stipulées par la Convention en faveur des prisonniers de guerre, devraient être appliquées à tous les délits qui leur sont reprochés". En effet, précisait-il, les prisonniers se trouvent dans une situation défavorable et les principes de procédure des art. 60 et suivants doivent être considérés comme une protection minimum.

1) Cf. ci-dessus , p. 166 ;

2) Commission d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre. Genève, 14-26 avr. 1947, Documentation préliminaire fournie par le CICR, Vol. II (Conv. de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre), p. 146.

Cependant, la deuxième commission de la Conférence de 1947, chargée d'étudier la révision du code des prisonniers de guerre de 1929, avait commencé par indiquer dans son rapport que, selon le point de vue de plusieurs délégations, "celui qui, en combattant, s'écarte des règles essentielles du droit de la guerre, ne saurait invoquer le bénéfice de la Convention pour sa protection une fois qu'il est fait prisonnier"(1).

Elle finit néanmoins par se rallier à l'idée "Qu'une certaine protection internationale était nécessaire même pour les prisonniers de guerre inculpés de crimes de guerre", mais estima que les "prisonniers de guerre criminels de guerre", ne devraient jouir du bénéfice de la Convention que jusqu'au moment où ils tombent sous le coup d'une inculpation suffisamment motivée (prima facie). Ainsi se dessinait une distinction très nette entre le statut de prisonnier de guerre dans son ensemble et les garanties d'ordre judiciaire qui n'en forment qu'une partie. Les experts gouvernementaux ont admis qu'avant même d'être régulièrement convaincu d'avoir commis un crime de guerre, le prisonnier de guerre pouvait être privé de la protection de la Convention de Genève. Ils ont néanmoins pensé - la contradiction n'est qu'apparente - que dans l'hypothèse où l'inculpation suffisamment motivée entraînerait le retrait du bénéfice de la Convention, le prisonnier de guerre "devrait être soumis à une protection internationale de droit conventionnel lui assurant notamment :

- "a) un traitement humain et convenable (fair treatment) lui permettant d'être en état de se défendre ;
- "b) un jugement équitable, c'est-à-dire entouré de toutes les garanties quant aux moyens de défense que connaissent les systèmes de droit des nations civilisées (2)."

Les violateurs présumés des lois et coutumes de la guerre doivent, par conséquent, être protégés par un statut international, mais, de l'avis des experts, qui ne soit pas celui de prisonnier de guerre.

Cependant, le Comité International de la Croix-Rouge ne crût pas devoir suivre dans la rédaction des avant-projets à soumettre à la XVIIème Conférence Internationale de la Croix-Rouge, réunie à Stockholm, en 1948, l'avis exprimé l'année précédente par les experts gouvernementaux. Il proposa pour l'art.45 un texte nouveau ainsi rédigé :

"Les prisonniers de guerre poursuivis en vertu de la législation de la Puissance détentrice pour des actes qu'ils ont commis avant d'avoir été faits prisonniers resteront, même s'ils ont été condamnés, au bénéfice de la présente Convention, à moins que les actes qui leur sont reprochés ne constituent des infractions graves aux lois et coutumes de la guerre ; dans ce cas, le bénéfice de la

1) Rapport sur les travaux de la Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre (Genève, 14-26 avr. 1947), p. 213-215 ;

2) Rapport sur les travaux de la Conférence d'experts gouvernementaux, op. cit. p. 213.

Convention ne pourra leur être retiré qu'après qu'ils auront été reconnus coupables et condamnés par un jugement rendu conformément aux stipulations du présent chapitre" (1).

A la Conférence de Stockholm, la délégation des Etats-Unis déposa une proposition allant au-delà du projet du Comité International, puisqu'elle tendait au maintien de la protection conventionnelle même en cas de condamnation. En dépit du fait que la pratique contraire était, comme on l'a vu, très généralement répandue à l'égard des prisonniers de guerre allemands et japonais, même lorsqu'il s'agissait de prévenus, cette proposition a été acceptée sans opposition. Ainsi, le projet d'art. 74 sur les infractions commises avant la capture avait-il, dans la rédaction, approuvée par la Conférence de Stockholm, la teneur suivante:

"Les prisonniers de guerre poursuivis en vertu de la législation de la Puissance détentrice pour des actes qu'ils ont commis avant d'avoir été faits prisonniers resteront, même s'ils sont condamnés, au bénéfice de la présente Convention" (2).

A la conférence diplomatique de Genève de 1949, cet article a donné lieu à de longs débats, principalement au sein de la Commission II, chargée de l'examen du projet de Convention sur le traitement des prisonniers de guerre.

Comme le note cette Commission dans le rapport qu'elle a présenté à l'Assemblée plénière, les délégations semblent avoir été unanimes pour admettre que les prisonniers poursuivis pour des infractions commises avant la capture "devaient bénéficier de la Convention en tout cas jusqu'à ce que leur culpabilité ait été établie par jugement (3)."

Les divergences principales ont donc porté "sur le traitement qui devrait leur être réservé après le jugement." Certaines délégations désiraient que les prisonniers de guerre condamnés pour des crimes de guerre ne soient plus soumis à la Convention, d'autres soutenaient, au contraire, le texte de Stockholm en réclamant le maintien intégral de la protection conventionnelle même en cas de condamnation, d'autres, enfin, inclinaient pour une solution intermédiaire, prévoyant le maintien partiel du statut de prisonnier de guerre, limité à certaines garanties judiciaires minimales.

La première de ces trois thèses a été défendue par

-
- 1) Projets de Conventions révisées ou nouvelles protégeant les victimes de la guerre, Genève, mai 1948, p. 108 ;
 - 2) Projet de Conventions révisées ou nouvelles protégeant les victimes de la guerre (textes approuvés et amendés par la XVIIème Conférence internationale de la Croix-Rouge), Genève, Oct. 1948, p. 83 ;
 - 3) Actes, Tome II, Section A, p. 556.

la délégation de l'U.R.S.S., suivie par les représentants de tous les Etats de l'Est européen, qui avait déposé un amendement ainsi conçu, en vue d'ajouter un nouvel alinéa à l'art. 74 du projet de Stockholm (art. 75 nouveau) : "Les prisonniers de guerre condamnés pour des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité en vertu de la législation de la Puissance détentrice et conformément aux principes du procès de Nuremberg sont soumis au traitement établi dans ce pays pour des personnes subissant une peine" (1). Le représentant soviétique justifiait cette proposition d'adjonction par tous les arguments qui ont déjà été exposés et qui procèdent de la règle en vertu de laquelle "celui qui viole les lois et coutumes de la guerre ne peut plus invoquer le bénéfice de la loi internationale" (2). Les prisonniers de guerre convaincus de crimes de guerre doivent être soumis à un régime spécial, car ils ont perdu le droit à être traités comme prisonniers de guerre. Les principes de Nuremberg, estime la délégation de l'Union soviétique, contiennent précisément tous les éléments d'un tel régime. Au surplus, il ne s'agit pas de soumettre ces condamnés à un traitement inhumain, mais seulement de leur faire purger leurs peines dans les mêmes conditions que les criminels de droit commun. Enfin, le complément ainsi apporté à l'art. 75 aurait un caractère préventif, les violateurs futurs des lois de la guerre sachant ainsi qu'ils s'exposent à être privés des privilèges prévus par la Convention (3).

La thèse opposée a été soutenue essentiellement par plusieurs délégations occidentales. La délégation danoise a notamment contesté l'existence "d'un principe général suivant lequel celui qui a violé les prescriptions d'une législation ne peut pas lui-même invoquer la protection de cette législation" (4). Pour la délégation des Etats-Unis, les principes de Nuremberg ne sont pas en cause. Il convient de rejeter l'amendement soviétique qui introduit, selon elle, une incertitude quant au régime de la peine, étant donné l'impossibilité de connaître les prescriptions applicables à cet égard dans plusieurs pays.

Le délégué du Royaume-Uni s'était également prononcé en faveur du texte de Stockholm, afin d'éviter que les soldats tombant aux mains de l'ennemi au cours de combats ne soient livrés "à la passion et à la colère qui sévissent dans les pays en guerre" (5). Mais il avait admis cependant que les prisonniers de guerre condamnés pour crimes de guerre ou pour crimes contre l'humanité ne devaient pas jouir de tous les avantages et privilèges prévus par la Convention. Selon le représentant britannique, ils devraient

1) Actes, T. II, A, p. 310 ;

2) Cf. l'intervention du délégué des Pays-Bas : Actes, T. II, A, p. 309 ;

3) Actes, T. II, B, p. 296 ;

4) Actes, T. II, A, p. 310 ;

5) Ibid.

en tout état de cause, bénéficier des garanties minimales suivantes:

- " a) suspension de l'exécution des condamnations à la peine capitale pendant six mois au moins, ceci afin de permettre les notifications prévues par la Convention et de donner au Gouvernement dont dépend le prisonnier le temps d'entreprendre toutes les démarches qu'il estimerait utiles ;
- " b) droit de recourir en appel ;
- " c) garantie d'un traitement minimum en cas de condamnation à une peine privative de liberté (article 98 nouveau), traitement qui comporterait pour la Puissance protectrice le droit d'accès au prisonnier et pour celui-ci le droit d'avoir accès à la Puissance protectrice" (1).

Cette solution de compromis n'a pas rallié les suffrages de la majorité qui a estimé qu'en fait, le bénéfice de la Convention après une condamnation se réduisait pour le prisonnier de guerre aux garanties énumérées par le représentant de la Grande-Bretagne (comp. art. 101, 106, 108 et 119 du texte définitif).

Il convient de mettre à part l'intervention de la délégation française qui procède pourtant de motifs analogues. En effet, en dénonçant le caractère "absolu, péremptoire et sans limite" de l'art. 75 tel que la Commission II l'avait adopté, le représentant de la France à l'Assemblée plénière n'a pas limité sa critique aux effets de cette disposition sur les prisonniers de guerre condamnés. Car, s'il a exprimé l'avis qu'il ne pouvait être question de verser une solde aux prisonniers de guerre condamnés - mais quel pays verse une solde à ses propres soldats condamnés ? - il a aussi déclaré que, selon lui, l'art. 75 devait être interprété "comme assurant aux criminels de guerre inculpés ou déjà condamnés, des garanties d'ordre avant tout judiciaires ; c'est-à-dire le droit d'être traités avec humanité, au sens large qu'on doit donner à ce terme, le droit de bénéficier d'une enquête, d'une instruction régulière et d'un jugement régulier devant un tribunal régulièrement constitué et enfin, la possibilité de faire réviser leur procès, si la nécessité s'en révélait". Telle est "l'interprétation que donne et donnera la France de l'art. 75 ..." (2).

En ce qui regarde les prisonniers de guerre inculpés de crimes de guerre, la délégation française adopte, par conséquent, une position restrictive qui paraît isolée. En effet, les réserves exprimées par l'Union soviétique ne visent que le cas des prisonniers de guerre sous le coup d'une condamnation. De même, la proposition qu'avait faite le représentant du Royaume-Uni en vue de préciser les garanties jugées indispensables avait trait uniquement aux condamnés. La France reprenait en quelque sorte la distinction dégagée au cours de la Conférence des experts gouvernementaux de 1947, entre le statut conventionnel dans son ensemble

1) Actes, T. II, A, p. 380 ;

2) Actes, T. II, B, p. 299.

et les garanties d'ordre judiciaire. Selon l'interprétation française, une simple inculpation de crime de guerre est, par conséquent, de nature à faire perdre aux prisonniers de guerre toutes les garanties qui ne sont pas de caractère strictement judiciaire. Il est difficile de souscrire à cette manière de voir qui ne tient que partiellement compte du principe selon lequel l'inculpé est présumé innocent jusqu'au moment du jugement.

Cependant, même si l'on s'en tient à cette opinion, les prisonniers de guerre inculpés d'infractions commises avant qu'ils ne tombent au pouvoir de l'ennemi, demeurent au bénéfice des droits et garanties prévues au Chapitre III (Sanctions pénales et disciplinaires), de la Section VI (Rapports des prisonniers de guerre avec les autorités). La Puissance détentrice est donc tenue en tout état de cause aux termes de la Convention de 1949 de faire juger les prisonniers de guerre accusés de crimes de guerre suivant la même procédure et par les mêmes tribunaux que les militaires appartenant à ses propres forces armées. En effet, l'art. 63 de la Convention de 1929 a été repris à l'art. 102 de la Convention révisée avec des modifications de détail seulement. Aucun principe nouveau n'y a été introduit si ce n'est une adjonction faisant de l'observation des dispositions du Chapitre III précité, une condition supplémentaire de la validité des jugements prononcés à l'encontre des prisonniers de guerre (1).

La Convention No III de 1949 a donc nettement consacré la thèse maintenant la protection conventionnelle aux prisonniers de guerre sous le coup de poursuites judiciaires, quelle que soit la nature des crimes et le moment auquel l'auteur avait agi (2).

2.- Mouvements de résistance organisés et francs-tireurs isolés.-

La Convention révisée de 1949 semble avoir également apporté certaines améliorations en ce qui regarde les conditions de reconnaissance du statut de prisonnier de guerre et l'influence que peuvent avoir sur elles les violations du droit international commises par les militaires ennemis au moment d'être faits prisonniers ou immédiatement avant.

Le texte nouveau ne détermine plus les personnes qui peuvent bénéficier du traitement réservé aux prisonniers de guerre par simple renvoi au Règlement annexé à la IVème Convention de La Haye de 1907. En vue précisément d'éviter les abus constatés lors de la guerre de 1939-1945, il est apparu nécessaire de préciser les diverses catégories de personnes pouvant bénéficier de la Con-

1) Actes, T. II, B, p. 483 ;

2) Comp. cependant Glaser, op. cit. (RDPC, No 5, p. 517) selon lequel l'art. 85 de la Convention III s'appliquerait exclusivement aux prisonniers de guerre poursuivis en vertu de la législation de la Puissance détentrice et non aux crimes de guerre, poursuivis en vertu du droit international.

vention, lorsqu'elles tombent au pouvoir de l'ennemi. C'est le but du premier alinéa (litt. A) de l'art. 4, le second alinéa (litt.B) visant les personnes qui se trouvent déjà sous l'autorité de l'ennemi, mais qu'il a paru utile de considérer également comme prisonniers de guerre. On peut dire, par conséquent, que dans sa première partie, l'art. 4 ne réalise pas d'innovation fondamentale, puisqu'il prescrit en définitive des solutions qui résultaient déjà, explicitement ou non, des dispositions de la Convention de 1929 ou du Règlement de La Haye de 1907, mais que les expériences faites au cours de la seconde guerre mondiale ont fait juger nécessaire de préciser.

Il n'entre pas dans le propos de la présente étude de faire une analyse complète de cette disposition nouvelle. S'agissant exclusivement de la situation des militaires ennemis inculpés de crimes de guerre, on se bornera à observer que l'art. 4 A de la Convention de 1949 s'est attaché à demeurer en harmonie avec le Règlement de La Haye. Ainsi, les quatre conditions que ce Règlement impose aux milices et aux corps de volontaires ont-elles été reprises telles quelles. Mais, tandis que le texte approuvé à la Conférence de Stockholm ne faisait allusion qu'aux corps de volontaires faisant partie des forces armées des Parties au conflit (1), le texte définitif vise dans une catégorie séparée les milices et corps de volontaires qui ne font pas partie des forces armées régulières et qui sont désormais les seuls à être soumis aux conditions de l'art. 1er RGT (2).

En effet, l'art. 4 prévoit :

" A.- Sont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi :

- 1) les membres des forces armées d'une Partie au conflit, de même que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées ;
- 2) les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé, pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes :
 - a. d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;
 - b. d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ;
 - c. de porter ouvertement les armes ;

1) Actes, T. I, p. 72 ;

2) Actes, T. II, A, p. 547.

d. de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre ;

....." (1).

Contrairement à ce qui résultait logiquement jusqu'ici de l'art. 1er du Règlement de La Haye de 1907, les quatre conditions reprises dans l'art. 4, A, 2 de la Convention III de 1949 ne s'appliquent pas également, ou tout au moins pas au même titre, aux membres des forces armées régulières designées à l'art. 4, A, 1 (2). Elles ne visent expressément que les membres des milices et corps de volontaires qui ne font pas partie de ces forces armées, c'est-à-dire, d'une manière générale, les membres des mouvements de résistance organisés communément appelés partisans (3).

Il suit de là que les personnes désignées au ch. 1 de l'art. 4, A, ont droit automatiquement au traitement de prisonniers de guerre lorsqu'elles viennent à tomber au pouvoir de l'ennemi. En revanche, le bénéfice de la Convention est subordonné pour les partisans visés à l'art. 4, A, 2, à l'observation des quatre conditions déjà mentionnées. On voit par là que si la protection des militaires proprement dits se trouve affermie par ces dispositions nouvelles, celle des membres des mouvements de résistance organisés demeure précaire, en dépit de la consécration officielle donnée à cette forme de belligérance. La relativité de la protection accordée aux résistants apparaît clairement lorsqu'on envisage l'hypothèse d'une violation des lois et coutumes de la guerre imputée au partisan qui se rend.

Lorsque la violation n'est qu'alléguée, le bénéfice de la Convention demeure en principe acquis. En effet, l'art. 5, al. 2, de la Convention III prévoit que "s'il y a doute sur l'appartenance à l'une des catégories énumérées à l'art. 4 des personnes qui ont commis un acte de belligérance et qui sont tombées aux mains de l'ennemi, les dites personnes bénéficieront de la protection de la présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent" (4). On a manifestement cherché à éviter qu'une éventuelle contestation sur le droit au traitement de prisonnier de guerre ne trouve son issue

1) Actes, T. I, p. 244 ;

2) voir dans l'édition des Conventions pour la protection des victimes de la guerre destinée aux officiers de l'armée suisse, la note commentant l'art. 1er RGT (Edition 1939, p. 12-13) ;

3) voir l'intervention de la délégation soviétique au Comité spécial de la Commission II (Actes, T. II, A, p. 455) ;

4) l'art. 5, al. 1, exclut le retrait de la protection conventionnelle en cours de captivité. La Convention s'applique depuis la capture et jusqu'à la libération et au rapatriement définitifs.

dans une exécution sommaire. L'expérience ayant montré au cours de la guerre de 1939-1945 que des décisions de cette nature avaient été prises par de simples sous-officiers, notamment des caporaux, la délégation néerlandaise avait déposé devant l'Assemblée plénière un amendement tendant à prescrire l'obligation d'un examen attentif des cas litigieux par une autorité revêtue des pouvoirs appropriés (1). C'est à la suite de cette intervention que les délégués ont, à la majorité, accepté de prévoir l'intervention d'un tribunal en pareil cas.

En visant les personnes "qui prennent part aux combats sans en avoir le droit", la délégation des Pays-Bas désignait en réalité, aussi bien les résistants isolés que les membres des mouvements de résistance organisés qui ne se conformeraient pas, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre, notamment en dissimulant leurs armes, ou en ne portant pas de signe distinctif fixe et reconnaissable à distance. Pour les uns comme pour les autres, la protection conventionnelle n'est acquise qu'au bénéfice du doute. Pour que l'art. 5, al. 2, de la Convention III soit applicable, il faut donc que la violation des lois de la guerre ne soit pas immédiatement apparente. A la différence des militaires réguliers de l'art. 4, A, 1, ces prisonniers de guerre provisoires seront donc privés du bénéfice de la Convention, une fois leur culpabilité établie à la suite d'un jugement rendu par un tribunal compétent.

Sans doute, peut-on imaginer d'autres motifs de doute que la violation alléguée des lois de la guerre. Les cas des personnes qui suivent les armées sans en faire directement partie et des membres des équipages de la marine marchande et de l'aviation civile visés à l'art. 4, A, 4, et 5, en sont les exemples. Mais, lorsque le doute sur l'appartenance à l'une des catégories de l'art. 4, A, est motivé par un crime de guerre, c'est apparemment dans le cas des partisans (art. 4, A, 2) et dans celui, beaucoup plus exceptionnel, de la levée en masse (art. 4, A, 6) qu'il semble de nature à provoquer le plus souvent le retrait de la protection conventionnelle, si l'imputation se trouve confirmée au cours d'une procédure judiciaire régulière. On observera que cette éventualité d'une suppression du statut de prisonnier de guerre en cas de condamnation pour un crime antérieur à la capture entraîne une dérogation au principe de l'art. 85 de la Convention III déjà cité, qui précise au contraire que la Convention demeure applicable même lorsqu'un prisonnier de guerre est condamné pour des faits de cette nature.

Mais les prescriptions conservatoires de l'art. 5, al. 2, ne sont valables que dans l'hypothèse où l'appartenance du combattant ennemi à l'une des catégories de prisonniers de guerre définies par l'art. 4 est douteuse. Que se passera-t-il

1) Actes, T. II, A, p. 548 et T. II, B, p. 262-265.

lorsque l'intéressé n'aura, en dépit des actes de belligérance dont il est l'auteur, manifestement aucun droit à bénéficier du traitement de prisonnier de guerre, en raison du comportement manifestement contraire aux lois de la guerre qu'il avait au moment d'être capturé ? Imaginons que le membre d'un mouvement de résistance organisé soit fait prisonnier en civil, au cours d'un engagement contre l'armée occupante. Il ne porte aucun signe distinctif qui puisse le faire reconnaître à distance comme un combattant régulier. A quelle protection peut-il prétendre ?

Ni la Convention de La Haye No IV de 1907, ni la Convention de Genève No III de 1949 ne lui sont applicables. La tragédie des civils qui, par patriotisme, se livrent à des actes d'hostilité contre la Puissance occupante et sont passés par les armes en cas de capture a été invoquée par les participants à la Conférence diplomatique de Genève de 1949, et, en particulier, par la délégation danoise devant l'Assemblée plénière (1). Mais toutes les propositions qui ont été faites en vue de leur reconnaître un certain droit de légitime défense en présence d'une agression injustifiée ont été repoussées par la majorité, soucieuse de ne pas compromettre par des dispositions évidemment inapplicables, la protection des autres catégories de personnes déjà définies par l'art. 4. La situation des civils qui prennent part à la lutte sans en avoir le droit demeure, par conséquent, exactement la même sous le régime de la Convention de Genève de 1929 et sous celui de la Convention révisée de 1949. Ils ne sont pas protégés (2).

Cependant, si ces combattants clandestins ou "francs-tireurs" ne peuvent en aucun cas se voir reconnaître le statut de prisonniers de guerre, la Convention de Genève No IV de 1949 (civils) ne les protège-t-elle pas néanmoins dans une certaine mesure contre l'exécution sommaire qui semblait jusqu'ici de règle en pareil cas ? On pourrait le croire. En effet, l'art. 4 de cette Convention complète la protection des victimes de la guerre telle qu'elle résulte des trois autres Conventions (blessés et malades, maritime, prisonniers de guerre). Il prévoit que seront protégées au sens de la Convention IV "les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent en cas de conflit ou d'occupation au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes". Mais le même art. 4 exclut les personnes protégées par l'une ou l'autre des trois autres Conventions précitées, ce qui paraît impliquer que la Convention IV s'applique exclusivement aux civils non-combattants. C'est aussi ce qui res-

1) Cf. Actes, T. II, A, p. 547-8 ; T. II, B, p. 260-1 ;

2) Cf. W. Schätzel, Le franc-tireur capturé a-t-il droit à un jugement régulier ? (Revue Intern. du droit des gens, T. XVII, p. 5-20).

sort de l'art. 5 visant les dérogations à la situation de protection définie à l'art. 4. L'art. 5, al. 1, admet la possibilité, pour l'Etat belligérant, de priver "des droits et privilèges ... qui, s'ils étaient exercés en sa faveur, pourraient porter préjudice à la sécurité de l'Etat", toute personne protégée qui ferait l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'Etat". L'art. 5, al. 2, ne permet, en revanche, à la Puissance occupante que la mise au secret des personnes protégées qui sont appréhendées en tant qu'espions ou saboteurs, ou parce qu'elles font "individuellement l'objet d'une suspicion de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de la Puissance occupante". L'alinéa 3 prévoit, en revanche, que, "dans chacun de ces cas", les personnes visées seront traitées "avec humanité" et "en cas de poursuites, ne seront pas privées de leur droit à un procès équitable et régulier, tel qu'il est prévu par la présente Convention".

La brèche ainsi pratiquée dans la protection individuelle de l'art. 4 est d'autant plus importante que soit la Partie au conflit, soit la Puissance occupante, sont autorisées à prendre des mesures dérogatoires qui échappent à tout contrôle. C'est ainsi qu'on a pu se demander si la Puissance protectrice conserverait en pareille hypothèse les pouvoirs d'assistance de l'inculpé et de contrôle de la poursuite qui lui sont dévolus par les art. 71 et suivants de la Convention IV (1). En tout état de cause, il faut craindre que la Puissance occupante, harcelée par les attentats et les sabotages commis par les habitants du pays occupé qui ne se conforment pas aux quatre conditions de l'art. 4, A, 2, de la Convention III ne soit tentée de donner une interprétation très large des possibilités de dérogations qui lui sont ouvertes par l'art. 5 de la Convention IV. Au reste, si un conflit venait à éclater, un grand nombre de civils se trouveraient encore sous le régime des Conventions de 1929.

En résumé, on peut dire que la violation des lois de la guerre ne compromet théoriquement pas la protection qui est due aux membres des forces armées régulières en vertu de la Convention III de 1949. En revanche, lorsqu'elle se produit au moment même de la capture ou immédiatement avant, elle est certainement pour les partisans et francs-tireurs une cause d'exclusion du bénéfice du statut de prisonnier de guerre. Dans ce dernier cas, les combattants irréguliers conservent théoriquement la protection limitée qui leur est due en vertu de l'art. 5 de la Convention IV, ce qui empêcherait la Puissance occupante de procéder à des exécutions sommaires. Mais le danger considérable que la guerre clandestine fait courir aux troupes occupantes les incitera certainement à prendre des contre-mesures qui dépasseront les simples

1) Cf. P. de La Pradelle, op. cit., p. 81, note 67.

poursuites pénales prévues par l'art. 5, al. 3, de la Convention IV. Le respect de la souveraineté de la Puissance belligérante et de la sécurité militaire de la Puissance occupante n'a pas permis aux plénipotentiaires de la Conférence diplomatique de 1949 d'aller au-delà des termes imprécis de l'art. 5 pour assurer une meilleure protection de la résistance de la population occupée, moralement légitime, mais juridiquement condamnée.

Cette protection mineure circonscrite au traitement humain et au procès régulier "en cas de poursuites" - mais jugera-t-on toujours qu'il y a lieu à poursuites ? - doit donc être considérée comme un maximum. Car, de deux choses l'une : ou bien les membres des mouvements de résistance organisés, ou partisans, se conforment dans leurs opérations aux lois et coutumes de la guerre et aux autres conditions prévues par l'art. 4, A, 2, mais, dans ce cas, s'ils ne disposent pas d'emblée d'une situation exceptionnellement favorable, ils sont rapidement décimés par une Puissance occupante supérieure par définition en effectifs et en matériel, puisqu'ils doivent combattre à découvert ; ou bien, ces partisans entrent dans la clandestinité, ce qui suppose qu'ils ne portent plus aucun signe distinctif qui les dénoncerait à l'occupant, qu'ils dissimulent leurs armes en procédant par sabotage ou par attentat, en un mot, qu'ils ne respectent pas les conditions prévues à l'art. 4, A, 2, et dans ce dernier cas, ils courent les plus grands dangers en cas de capture, en dépit des dispositions de la Convention IV.

I.- LES DIFFERENCES DE COMPOSITION DES TRIBUNAUX MILITAIRES SUIVANT LES CIRCONSTANCES DE LA CAPTURE.

Dans les critiques qu'il a adressées en 1951 à l'arrêt des Chambres réunies dans l'affaire Hans, le Prof. Huguenev dénonçait les résultats inadmissibles auxquels conduisait, selon lui, le système adopté par la Cour suprême : "En particulier, les criminels de guerre seraient soumis à un régime différent suivant que, postérieurement à leurs crimes, ils auraient ou non été capturés avant la cessation des hostilités". En outre, cette solution ruinerait toute la jurisprudence admise, car "... une suite impressionnante d'arrêts décide que l'âge de 18 ans fixé comme limite à la minorité pénale doit être envisagé au temps de l'action et non au moment de la poursuite (Magnol, Cours de droit criminel, 9ème édit., 1949, p. 230). C'est à cette même date qu'il faut se reporter pour déterminer si l'inculpé est militaire ou civil (Cass., 15.1.48 ; S., 1948, I, 77)". Or, le capitaine Hans et le marin Schwartz n'étant pas encore prisonniers de guerre au moment des faits "une circonstance postérieure à leurs crimes, à savoir leur capture, ne pouvait avoir aucune influence sur leur situation" (1).

Jusqu'à quel point, ces griefs sont-ils fondés ?

Il est vrai - au moins en théorie, car la quasi-totalité des prisonniers de guerre étaient déjà jugés au moment où la Cour a statué - que désormais seuls les inculpés de crimes de guerre qui avaient en même temps la qualité de prisonniers de guerre avaient le droit à être jugés par des tribunaux composés suivant les assimilations de grade. Les autres, c'est-à-dire ceux qui n'étaient pas militaires au moment de l'action ou qui, étant militaires, n'avaient cependant été capturés qu'après la fin des hostilités, ou qui avaient été libérés de captivité de guerre, puis appréhendés sous l'accusation de crimes de guerre comme prévenus civils, ne pouvaient plus être traités comme prisonniers de guerre par les tribunaux militaires français. Quelle qu'ait été leur qualité au moment des faits, ils devaient, par conséquent, être jugés comme des non-militaires, conformément à l'art. 186, al. 1, du code de justice militaire déjà cité (2).

On voit aussitôt l'absurdité d'un tel système.

C'est ainsi qu'un général ennemi devait être désormais jugé par un tribunal composé de généraux ou par un tri-

1) Cf. P. Huguenev, op. cit. (RSCDFC, 1951, p. 110) ;

2) Cf. ci-dessus, p. 160.

bunal où siégerait un sous-officier, suivant que son arrestation serait intervenue avant ou après la fin des hostilités. Une telle différence de traitement se conçoit lorsque l'accusé n'était pas militaire au moment de l'action, encore que la nature des faits qui motivent l'accusation et la nécessité d'une répression homogène commande le recours aux juridictions militaires à l'exclusion des Cours d'Assises et des tribunaux d'exception. Mais, lorsque l'accusé était militaire au moment des faits, on ne peut se résoudre à considérer comme une saine application de la loi, la pratique qui consiste à le faire juger comme s'il était un civil. Par conséquent, si le souci d'uniformiser la répression est certainement légitime, il s'égare lorsqu'il a pour effet de niveler arbitrairement les situations respectives des inculpés et les compositions correspondantes des tribunaux appelés à les juger, en prenant pour modèle, par on ne sait quelle volonté d'humiliation gratuite, le grade de simple soldat ou la qualité équivalente de prévenu non-militaire. On ne saurait souhaiter que tous les militaires ennemis soient jugés par des tribunaux composés comme pour le jugement des civils, ainsi que M. Hugueney paraissait le recommander en 1951. Tout au contraire. Tant que le Code de Justice Militaire français contiendra des dispositions concernant les assimilations de grade pour la désignation des juges, on ne voit pas pourquoi les nationaux ennemis seraient soumis à un régime particulier.

En prescrivant le respect de la Convention de Genève de 1929, même pour les prisonniers de guerre inculpés de crimes de guerre, la Cour de cassation n'a sans doute pas fait disparaître cette anomalie, puisque, au moins en théorie, les circonstances toutes fortuites de la capture, ont, au contraire, pour effet de créer de fâcheuses discriminations parmi les inculpés de crimes de guerre. On observera cependant que le régime antérieur à l'arrêt Hans où la qualification de crime de guerre entraînait une composition du Tribunal uniformément simplifiée était non seulement contraire à la Convention de Genève de 1929 et à l'art. 10, al. 13, du Code de Justice Militaire pour le cas particulier des prisonniers de guerre, mais encore en contradiction - pour tous les inculpés ennemis militaires au moment de l'action - avec la jurisprudence constante suivant laquelle c'est au moment des faits et non à celui de la comparution que doit être appréciée la qualité de l'accusé en vue de déterminer la composition du tribunal (1).

La reconnaissance de la qualité de prisonnier de guerre à l'ennemi qui se rend est subordonnée à celle de membre des forces armées adverses, c'est-à-dire à la qualité de militai-

1) Cf. Trib. Mil. Cass. Bordeaux, 13.3.45 et Cass. crim., 21.2. 23 (Bull. crim., No 128), arrêts cités par Juglart, Répertoire, p. 97 et 100.

re. La captivité de guerre n'a pas pour effet de modifier cette qualité. La Convention de Genève contient même un certain nombre de dispositions sur la séparation des officiers et des hommes de troupe, sur le respect du grade, sur l'interdiction de la dégradation militaire qui indiquent bien que l'internement garde un caractère essentiellement militaire lorsqu'il s'applique à des combattants. L'assimilation entre militaires nationaux et militaires ennemis est l'une des bases du droit international concernant les prisonniers de guerre. La Puissance détentrice n'est pas fondée à supprimer elle-même le lien qui existe entre les militaires ennemis qui tombent en son pouvoir et l'armée sous le drapeau de laquelle ils ont combattu. Même lorsqu'elle les libère pour les rapatrier, leur qualité de militaires subsiste. Seule la Puissance d'origine est habilitée à les en dépouiller.

Il résulte de ce qui précède que l'arrêt Hans ne s'est nullement écarté de la jurisprudence ancienne suivant laquelle c'est au moment de l'action et non à celui de la comparution qu'il faut se placer pour apprécier la qualité de l'inculpé. Il l'a, tout au contraire, confirmée. Car l'élément déterminant est ici la qualité de l'ennemi au moment où il avait agi, bien plus que le statut de prisonnier de guerre qui n'en est pour ainsi dire que la résultante. La captivité de guerre, circonstance de fait postérieure au crime et antérieure à la comparution, ne doit pas avoir pour effet de supprimer la qualité de militaire, ni même de modifier le grade de l'accusé.

Il reste cependant que, sous le régime de la Convention de 1929, les militaires arrêtés après la cessation des hostilités ne pouvaient en aucun cas prétendre bénéficier du statut de prisonnier de guerre, même si la Puissance victorieuse les avait préalablement internés, puis libérés, faute de charges suffisantes. En dépit de leur qualité de militaires au moment des faits qui leur étaient alors reprochés, aucune disposition ne permettait de les considérer comme prisonniers de guerre. Ils ne pouvaient donc être assimilés de cette manière à des militaires français, ni se voir jugés par des tribunaux composés comme pour le jugement des nationaux et des prisonniers de guerre. Ici, la disparité de situations relevée par le Prof. Hugueney conservait pratiquement toute sa portée.

La Convention de Genève No III de 1949 paraît néanmoins avoir apporté une certaine amélioration sous ce rapport. L'art. 4, B, 1, permet, en effet, d'assimiler désormais aux prisonniers de guerre :

- " 1) les personnes appartenant ou ayant appartenu aux forces armées du pays occupé si, en raison de cette appartenance, la Puissance occupante, même si elle les a initialement libérées pendant que les hostilités se poursuivent en dehors du territoire qu'elle occupe, estime nécessaire de procéder à leur internement, notamment après une tentative de ces per-

sonnes non couronnée de succès pour rejoindre les forces armées auxquelles elles appartiennent et qui sont engagées dans le combat, ou lorsqu'elles n'obtempèrent pas à une sommation qui leur est faite aux fins d'internement" ;

On pourrait, en effet, imaginer que l'inculpation pour crimes de guerre puisse figurer au nombre des raisons d'un nouvel internement. De cette manière, les militaires ennemis suspectés de violations du droit de la guerre seraient traités comme prisonniers de guerre, même si une libération antérieure à l'ouverture des poursuites avait interrompu leur captivité.

Il faut néanmoins convenir que le renvoi aux principes applicables aux prisonniers de guerre n'est pas entièrement satisfaisant. Bien que la définition des catégories des personnes pouvant prétendre au statut de prisonnier de guerre en cas de capture au cours d'un conflit armé ait été considérablement étendue et raffermie par la Convention révisée de 1949, la solution rationnelle paraît bien être de prévoir un traitement uniforme en faveur de tous les individus prévenus de violations des lois et coutumes de la guerre, car l'octroi de la qualité de prisonnier de guerre peut prêter à des contestations et conduire aux inégalités de situation qu'on cherchait précisément à faire disparaître.

Les dispositions concernant l'application de sanctions pénales aux auteurs d'infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 paraissent avoir réalisé à cet égard un heureux compromis. Il est prévu, en effet, que les inculpés bénéficieront "en toutes circonstances... de garanties de procédure et de libre défense qui ne seront pas inférieures" à celles prévues par les articles 105 et suivants de la Convention III (art. 49/50/129/146, al. 4). Cette règle commune aux quatre Conventions renvoie bien aux garanties prévues en faveur des prisonniers de guerre, mais par assimilation seulement. Elle n'exige donc pas que l'inculpé d'infraction grave aux Conventions de Genève ait lui-même la qualité de prisonnier de guerre au moment de sa comparution. Il suffit que la violation des lois de la guerre motivant la poursuite constitue une infraction aux Conventions de Genève.

Il est vrai que l'art. 102, correspondant dans la Convention révisée à l'art. 63 ancien, n'est pas visé expressément par l'alinéa 4 de l'article commun. En sorte que les Puissances contractantes n'ont pas d'obligation de faire juger les prévenus d'infractions graves qui ne sont pas des prisonniers de guerre "par les mêmes tribunaux et suivant la même procédure qu'à l'égard des personnes appartenant aux forces armées de la Puissance détentricice ...". On peut donc seulement se borner à exprimer ici l'espoir que les Etats intéressés verront, au moment de légiférer dans ce domaine, ainsi que les Conventions de Genève de 1949 les y invitent, l'avantage certain qu'il y a à étendre sans restriction l'application de leurs codes de justice militaire aux individus poursuivis pour infractions graves à ces Conventions, ou

mieux encore, pour toute violation des lois et coutumes de la guerre. De cette manière, la composition des tribunaux militaires subirait, comme pour les nationaux, les modifications prévues par la loi suivant la qualité de civil ou de militaire de l'inculpé au moment des faits, et s'il est militaire, suivant le grade qu'il occupait dans l'armée ennemie.

II.- JUSTIFICATION D'UN STATUT FORMEL INDEPENDANT DE CELUI DES PRISONNIERS DE GUERRE.

Les Conventions de Genève ne sont ni un code pénal, ni un code de procédure pénale. Si, pour la première fois en 1949, elles contiennent des dispositions pénales, c'est à titre subsidiaire. Leur propos n'est pas de définir des infractions ni de prévoir comment les punir. Elles tendent à protéger certaines catégories de victimes de la guerre. C'est en vue de parfaire cette protection que les plénipotentiaires de la Conférence diplomatique de Genève de 1949 ont inséré dans chacune des quatre Conventions la même clause pénale. Mais c'est aux Puissances contractantes qu'il appartient de fixer les peines applicables, de définir les violations et de prévoir les règles de procédure et d'organisation judiciaire qui leur semblent appropriées. Le phénomène de la sanction pénale individuelle des violations du droit de la guerre demeure, par conséquent, en marge de cet important monument du droit des gens.

Cette situation ne va pas sans inconvénients, ainsi qu'on vient de le voir. Les Conventions de 1949 en ont théoriquement supprimé plusieurs, à la lumière des expériences faites au cours de la 2ème guerre mondiale. On peut néanmoins se permettre de penser que la qualité de prisonnier de guerre continuera à être considérée comme un traitement de faveur et que la suspicion de crime de guerre provoquera de la part de la Puissance détentrice des mesures tendant à supprimer tout ou partie des garanties judiciaires normalement octroyées aux prisonniers de guerre poursuivis. Il semble donc que, dans l'intérêt d'une répression équilibrée, c'est-à-dire conforme en toute hypothèse aux principes les plus généraux du droit, les personnes poursuivies pour n'importe quelle violation du droit de la guerre - y compris celles que ne prévoient pas les Conventions de Genève - devraient être soumises à un traitement dont le critère d'application soit indépendant de celui des prisonniers de guerre. Les Etats parties aux Conventions de Genève seraient bien inspirés de profiter de l'obligation où ils se trouvent de légiférer en matière de crimes de guerre, pour mettre expressément les personnes poursuivies pour violation des lois et coutumes de la guerre - et non seulement les prisonniers de guerre - au bénéfice des mêmes règles de

procédure et d'organisation judiciaire que les nationaux. L'obligation où ils se trouvent désormais de poursuivre les auteurs d'infractions graves aux Conventions de Genève, quelle que soit leur nationalité, doit sans doute faciliter l'adoption d'une telle mesure.

La solution consacrée par l'art. 85 de la Convention III et par l'arrêt des Chambres réunies dans l'affaire Hans ne répondait pas seulement à une interprétation correcte de la Convention ancienne de 1929. Elle se justifiait par des nécessités pratiques qui se manifestent aussi bien pour les prisonniers de guerre que pour les inculpés de crimes de guerre qui n'ont pas cette qualité.

L'étude des diverses étapes de la procédure pénale militaire a déjà fourni l'occasion de montrer combien la situation des nationaux ennemis était difficile (1). Il suffira donc de dire ici que s'il n'est évidemment pas question de réserver un traitement de faveur à des individus dont l'activité constitue un danger beaucoup plus considérable que s'il s'agissait de simple délinquants de droit commun, il convient, en revanche, de tenir compte du fait que la majorité d'entre eux se trouve aux prises avec des lois et des tribunaux étrangers, et par conséquent, avec des difficultés qui ne se présentent pas, ou pas au même degré, pour les nationaux.

Dans la majeure partie des cas, les accusations portées contre les violateurs présumés du droit de la guerre sont d'une gravité exceptionnelle. La prévention d'assassinat, d'incendie volontaire, de pillage et de destruction, est la règle. D'autre part, la recherche et la production des preuves à décharge se heurtent à des obstacles presque insurmontables. Là où l'auteur d'un délit commis pendant la captivité de guerre n'aura le plus souvent pas de peine à obtenir le témoignage d'autres prisonniers de guerre, ou de civils ressortissants de la Puissance détentrice, le prévenu de crimes de guerre éprouvera au contraire les plus grandes difficultés à retrouver les témoins, même compatriotes, de faits survenus au cours de la lutte. Plusieurs mois, plusieurs années parfois, se sont écoulés depuis l'action incriminée. Certains témoins ont été tués, d'autres ont disparu et les recherches nécessaires pour les identifier dans un pays bouleversé par la guerre exigent une liberté de mouvement et des fonds dont le prisonnier ne dispose généralement pas. Enfin, lorsqu'ils se présentent, ces témoins ennemis n'ont évidemment pas le même poids que des nationaux. Le supérieur du militaire ennemi inculpé, s'il n'est pas lui-même retenu comme complice, devra notamment se garder de vanter devant des juges du pays adverse le zèle de l'intéressé ou son ardeur au combat. Comme on l'a déjà relevé, le problème de la langue et l'impossibilité où nombre d'accusés

1) Cf. ci-dessus, p. 28.

étrangers se sont trouvés de prendre connaissance des principales pièces de la procédure dans une langue qu'ils comprennent, ne laisse pas de compliquer singulièrement le déroulement des poursuites. Le rôle du défenseur prend de ce fait une importance accrue. L'inculpé doit avoir en lui une confiance aveugle, tant la complexité des accusations portées, la nouveauté des dispositions légales appliquées, l'intervention du droit international exigent de préparation et d'efforts.

Sans rien abandonner des principes sur lesquels la répression est basée, il faut donc souhaiter que les législations nationales fassent montre dans le domaine des crimes de guerre et singulièrement dans celui de la procédure d'une souplesse propre à tenir un compte légitime des différences de situation entre étrangers et nationaux.

S'il ne va sans doute pas jusque là, l'arrêt des Chambres réunies dans l'affaire Hans implique cependant une condamnation implicite de toutes les règles discriminatoires contenues dans la législation française en matière de crimes de guerre. Sa signification dépasse, par conséquent, le cadre du problème de la composition des tribunaux militaires.

En effet, le droit du prisonnier de guerre à être jugé par les mêmes tribunaux que les militaires appartenant aux armées de la Puissance détentrice s'inscrit dans un ensemble de garanties judiciaires dont il est inséparable. L'art. 63 de la Convention de 1929 expressément visé dans la décision de la Cour suprême, comprend également le droit à bénéficier de la même procédure que les militaires nationaux. Il est d'ailleurs le corollaire de la règle fondamentale inscrite à l'art. 45 de la Convention ancienne où il est stipulé que "les prisonniers de guerre seront soumis aux lois, règlements et ordres en vigueur dans les armées de la Puissance détentrice". L'égalité de traitement vise donc aussi bien les règles de fond que celles de forme. Sans vouloir faire dire à l'arrêt Hans plus qu'il ne contient, on peut constater qu'en déclarant l'art. 63 de la Convention de 1929 applicable aux crimes antérieurs à la capture, la Cour a mis sur un pied d'égalité les militaires ennemis prisonniers de guerre inculpés de crimes de guerre et les militaires nationaux poursuivis pour crimes ou délits.

Or, il est clair que la confrontation des lois et ordonnances en matière de crimes de guerre avec les dispositions conventionnelles démontre que la majeure partie des dispositions adoptées en 1944 et plus encore en 1948 sont incompatibles avec la règle de l'égalité de traitement de l'art. 63 de la Convention.

La compétence "ratione personae", limitée par l'art. 1er de l'ordonnance de 1944 aux seuls nationaux ennemis, les interprétations légales de l'art. 2, inopposables aux militaires français, l'exclusion du fait justificatif de l'ordre supérieur de l'art. 3 appliquée aux seuls ennemis, la complicité spéciale

de l'art. 4, la responsabilité collective de la loi de 1948, sont autant d'exemples de la contradiction irréductible qui existe entre la loi interne et la loi externe, manifestée sous les espèces d'un traité régulièrement ratifié et publié.

Si la presque totalité des prisonniers de guerre inculpés de crimes de guerre n'avaient pas, soit perdu le bénéfice de la Convention par une décision plus ou moins arbitraire, soit déjà comparu devant les tribunaux militaires au moment où cette importante décision a été prise, il est probable que les poursuites n'auraient pu continuer sur la même base et que le législateur aurait été contraint d'intervenir une fois de plus.

CHAPITRE III : L'ORDRE SUPERIEUR.

Paragr. 1er.- Le problème.-

La question de l'ordre supérieur est à la fois l'une des plus importantes et l'une des plus complexes qui se soient posées à la répression des crimes de guerre.

En effet, si l'on en juge par l'ensemble des jugements rendus par les tribunaux militaires français et alliés, les 3/4 des accusés ont cherché une excuse dans les ordres qu'ils avaient reçus. Ce phénomène s'explique aisément par le fait que la plupart d'entre eux étaient des militaires et que la discipline à laquelle ils étaient assujettis leur imposait, comme aux soldats de n'importe quelle armée, un devoir d'obéissance auquel beaucoup ne pouvaient se dérober. Car l'efficacité d'une armée est directement fonction de la discipline qui règne dans ses rangs et les ordres que donne un chef sont faits pour être exécutés avec d'autant plus d'exactitude en temps de guerre. Il y va de la sécurité de la troupe et du succès des opérations. Aucun officier ne peut tolérer de refus d'obéissance parmi ses hommes et c'est la raison pour laquelle tous les codes de justice militaire prévoient des sanctions sévères qui vont jusqu'à la peine capitale lorsque l'infraction à la discipline se produit en présence de l'ennemi. L'obéissance aux ordres supérieurs est donc une des assises de l'organisation militaire.

La difficulté est d'en fixer les limites.

Jusqu'à quel point un subordonné - qu'il soit simple soldat ou général - est-il tenu d'obéir ? Doit-il vérifier la légalité de l'ordre qui lui est donné et dans ce cas, jusqu'où va cette obligation de contrôle ? S'il reconnaît que l'ordre qui lui est donné est contraire à la loi, a-t-il un devoir de désobéissance ou doit-il au contraire l'exécuter aveuglément ?

On a proposé de résoudre ce problème tantôt dans

le sens de l'obéissance passive, tantôt suivant le système dit "des baïonnettes intelligentes", La première solution exclut la culpabilité de l'exécutant quel que soit l'ordre donné. Le subordonné n'a pas à se préoccuper de la légalité des ordres qu'il reçoit. Son seul devoir est de les exécuter et, ce faisant, il est justifié, quoi qu'il ait fait. La seconde solution représente un autre extrême. Le subordonné qui obéit est toujours responsable. Il a l'obligation de contrôler la légalité des ordres qu'il reçoit et de refuser d'obéir s'ils sont contraires au droit. Il est présumé être toujours en mesure de déterminer lui-même sa conduite, quelles que soient les pressions dont il est l'objet. Mais il est clair qu'à l'exemple de toutes les solutions absolues, aucun de ces deux systèmes ne peut recevoir d'application pratique. L'un crée une complicité nécessaire entre le supérieur qui donne l'ordre et le subordonné qui l'exécute. L'autre est la négation de toute discipline, sa mise en oeuvre équivaut à la paralysie de n'importe quelle armée.

C'est donc à un système intermédiaire que la doctrine et la jurisprudence ont généralement recours : le subordonné demeure responsable de son acte, mais la peine est atténuée si l'ordre avait les apparences de la légalité, s'il était régulier en la forme. Il faut en définitive que force reste à la loi.

Il reste à savoir sur quels critères le juge se basera pour admettre ou rejeter les circonstances atténuantes ou, en d'autres termes, comment il décidera que l'illégalité de l'ordre était manifeste.

S'agissant de crimes de guerre, c'est-à-dire d'infractions au droit commun non-justifiées par les lois et coutumes de la guerre, le problème se complique par l'intervention de plusieurs lois, juxtaposées et superposées : celle du for, celle de l'accusé et le droit international. Suffit-il que l'ordre soit contraire à la loi territoriale appliquée par le tribunal ? Et s'il y a contradiction entre la loi nationale de l'accusé et les lois et coutumes de la guerre, pourra-t-on faire un grief à ce subordonné de s'être conformé aux injonctions de ses supérieurs agissant conformément aux lois de leur pays ? Si, par exemple, un soldat allemand reçoit l'ordre, conforme à la loi allemande, de fusiller sans jugement préalable les civils pris les armes à la main en territoire occupé, l'homicide sera-t-il justifié aux yeux des juges français ? Et si - comme c'est le cas dans ce domaine - le droit international ne contient pas de règle précise et généralement admise, comment appréciera-t-on sa responsabilité ?

Telles sont les questions qui vont faire l'objet du présent chapitre.

Etant donné la place importante qu'elles occupent à l'intérieur du problème général de la répression des violations du droit de la guerre, il n'est pas étonnant qu'elles aient déjà suscité d'abondantes controverses, aussi bien dans le droit pénal

interne que dans le droit pénal international. Les partisans du système de l'obéissance absolue et de l'irresponsabilité de l'exécutant qui en est le corollaire sont aujourd'hui de moins en moins nombreux, mais on ne saurait dire que les lois nationales et la jurisprudence des tribunaux nationaux en matière de crimes de guerre qui ont consacré la règle inverse sont demeurées exemptes de critiques. Et si les dispositions adoptées par les différentes Puissances détentrices de personnes accusées de crimes de guerre reflétaient d'une manière générale l'état du droit au début de la seconde guerre mondiale, les limites exactes du devoir d'obéissance aux ordres reçus ne sont pas tracées pour autant avec toute l'exactitude désirable.

En réalité, les principes qu'on peut dégager des multiples décisions des tribunaux compétents à cet égard sont nécessairement empiriques et leur caractère unilatéral peut faire craindre qu'ils ne perdent de leur valeur avec le temps.

C'est néanmoins sur ces éléments de jurisprudence et sur les critères généraux d'appréciation qui s'en dégagent que va porter la présente étude.

Afin de situer l'ordonnance française par rapport au droit commun (interne et international), on retracera tout d'abord l'évolution subie par le problème de l'ordre supérieur jusqu'au début de la guerre de 1939-1945, pour chercher ensuite à montrer dans quel sens les dispositions spéciales adoptées pour la poursuite des crimes de guerre - et en particulier pour la loi française - ont dérogé au droit commun, et quel développement le droit international a subi depuis le Statut de Londres du 8 août 1945 jusqu'aux travaux préparatoires des Conventions de Genève du 12 août 1949. Seront ensuite examinées les conséquences de l'erreur de droit sur la responsabilité du subordonné pour l'exécution d'un ordre supérieur illégal, puis les conditions dans lesquelles l'ordre hiérarchique supprime la liberté de détermination de l'auteur dans le cas de la contrainte morale.

Paragr. 2.- L'état du droit au début de la 2ème guerre mondiale.-

Dans l'affaire dite des Otages (General List et autres), le Tribunal Militaire américain No V de Nuremberg déclarait: "La règle suivant laquelle un ordre supérieur n'est pas une excuse à un acte criminel est une règle fondamentale du droit criminel qui a été adoptée par toutes les nations civilisées sans exception" (1).

Cette affirmation sommaire ne correspond qu'en partie à la réalité. En fait, lorsqu'on ouvre les codes de la plupart des pays, on s'aperçoit que l'ordre supérieur est un fait justificatif lorsqu'il est conforme à la loi et qu'à quelques exceptions près, les lois sont généralement muettes sur la situation de l'exécutant d'un ordre illégal. Aussi, les solutions qui ont été proposées dans ce dernier cas résultent-elles le plus souvent d'opinions de doctrine ou de décisions jurisprudentielles.

On a voulu opposer à ce sujet la tendance dite continentale à la tendance anglo-saxonne, la première se fondant essentiellement sur la responsabilité du supérieur qui a donné l'ordre et la seconde, sur celle de l'auteur du crime accompli sur ordre. C'est simplifier à l'extrême des positions qui, pour n'être sans doute pas rigoureusement semblables, n'en sont pas moins très proches l'une de l'autre. S'il est vrai que le Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg a surtout subi l'influence des conceptions britanniques et américaines, notamment dans ce domaine particulier, il n'en reste pas moins que l'opposition des deux théories n'est que relative et qu'on en dénaturerait le sens en décrivant le droit du continent européen comme celui de l'obéissance absolue, et le droit anglo-saxon, comme celui de la responsabilité inconditionnelle (2).

I.- LA DOCTRINE FRANCAISE

Le code pénal français ne distingue pas l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime. Il en fait une condition cumulative du fait justificatif de l'ordre supérieur prévu à l'art. 327 : "Il n'y a ni crime, ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et

1) Law Reports, Vol. VIII, p. 50 ;

2) von Weber "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl" (Recht und Zeit Heft 6, Hamburg, 1948)p. 13 ;voir aussi MDR. 1948, p. 34 et s.

commandés par l'autorité légitime" (1). C'est l'expression du principe inscrit dans la Constitution de 1791 : "La force publique est essentiellement obéissante : nul corps armé ne peut délibérer" (2).

Mais si l'exécution d'ordres légaux ne présente pas de difficulté, il n'en va pas de même lorsqu'un des deux éléments de l'art. 327 fait défaut (3).

La loi règle parfois elle-même la situation de l'exécutant d'un ordre illégal. Ainsi, l'art. 114 du code pénal français prévoit l'exemption de peine en faveur du fonctionnaire coupable d'avoir "ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire, soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la Constitution", s'il a lui-même "agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique". Seuls les supérieurs qui auront donné l'ordre seront punis, (art. 114, al. 2). On trouve des dispositions analogues pour le délit de violation de domicile (art. 184, CPF.) et pour l'emploi de la force publique contre l'exécution des lois (art. 188 à 190).

L'ordre de la loi faisant défaut, le délit subsiste dans tous ses éléments, l'art. 327 ne peut plus recevoir d'application et l'ordre hiérarchique perd son effet justificatif. L'auteur est reconnu coupable, mais il bénéficie de l'excuse absolutoire.

Lorsque la loi est muette, la doctrine et la jurisprudence s'accordent généralement à maintenir le principe de la responsabilité de l'auteur du délit qui bénéficiera seulement d'une atténuation de la peine si l'ordre reçu avait les apparences de la légalité (4).

La thèse extrême de l'obéissance passive se trouve ainsi écartée. Elle est d'ailleurs inconciliable avec les termes mêmes de l'art. 327 qui fait de l'ordre de la loi un des éléments du fait justificatif. Cette doctrine absolue trouvait encore des partisans lors de la première guerre mondiale (5). Dans l'intérêt de la discipline, il paraissait nécessaire que les soldats obéissent à toutes les injonctions de leurs chefs sans avoir à se préoccuper d'en vérifier la légalité. Et s'ils venaient à commettre un crime sur ordre, l'ascendant des supérieurs auxquels

-
- 1) Voir à ce sujet Proj. J. Graven, *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, Genève, 1950, p.361.
 - 2) Titre IV, art. 12 ;
 - 3) Donnedieu de Vabres, *Traité*, p. 240 ;
 - 4) *Ibid.*, p. 241, No 416 ;
 - 5) Dumas "Les sanctions pénales des crimes allemands", 1916, p. 29 ; Renault, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1915, et *Journal du droit international*, Tome XLII, 1915, p. 341.

ils devaient une obéissance aveugle les mettaient nécessairement et dans tous les cas dans un état de contrainte morale qui réduisait à néant leur liberté de décision et, par conséquent, leur volonté criminelle sans laquelle le délit ne saurait exister.

La doctrine de l'obéissance passive avait trouvé son expression dans le Règlement sur la discipline générale de 1926 dont le texte a d'ailleurs été repris dans l'art. 1er du décret du 1er avril 1933. "La discipline faisant la force des armées, il importe que tout supérieur obtienne de ses subordonnés une obéissance entière et une soumission de tous les instants, que les ordres soient exécutés littéralement et sans hésitations ni murmures ; l'autorité qui les donne en est responsable et la réclamation n'est permise à l'inférieur que lorsqu'il a obéi". C'est le reflet de la Constitution de 1791.

Mais cette position rigide ne paraît pas avoir résisté entièrement à l'épreuve du temps, bien que le décret de 1933 soit relativement récent.

En effet, selon Garçon, "quelles que soient les nécessités de la discipline, si le commandement est manifestement illégal, s'il constitue clairement un crime ou un délit grave, il faut bien admettre que l'inférieur doit refuser d'obéir et qu'il est coupable s'il commet l'infraction" (1).

Dans le même sens, Duguit attribue au subordonné un droit de résister à tout ordre contraire à la loi en ne l'exécutant que si la contrainte est employée contre lui ou en protestant même contre ce qu'il considère comme une violation du droit (2).

Au reste, si l'art. 327 - dont la doctrine s'accorde à reconnaître la portée générale - exclut la thèse de l'obéissance passive, le Code de justice militaire de 1928 contient une solution analogue lorsqu'il aggrave les peines à l'égard des gradés dans la répression du pillage en bande (art. 221, al. 3), mais prévoit en même temps que les subordonnés seront également punis, quoique de peines plus légères (3). Il convient de relever également la formule prescrite par l'art. 7 du Règlement de l'armée de terre pour la présentation du chef de corps : "Vous lui obéirez en tout ce qu'il vous commandera pour le bien du ser-

1) Cf. Garçon, Code pénal annoté, No 191, p. 222 ; voir aussi J. Barthélémy, L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents (Rev. de dr. public, T. 31, 1914, p. 491, et Hugueney, Traité, p. 398) ;

2) Duguit, Traité de droit constitutionnel, 2ème éd., 1923, T.III, paragr. 72, p. 285 ;

3) Cf. Juglart, Répertoire, p. 244 ; comp. Loi du 29.7.1881 sur la presse, art. 25 ; loi du 28.7.1894 contre les menées anarchistes qui punissent la provocation des militaires à la désobéissance "à des commandements conformes aux lois et règlements.

vice, l'exécution des règlements militaires et l'observation des lois". Dans le règlement correspondant pour la marine, art. 1er, il est dit "La discipline se manifeste par une soumission constante aux lois, décrets et règlements en vigueur et l'obéissance immédiate aux ordres reçus" (1).

Ainsi, la théorie de l'obéissance passive qui avait été admise par la majorité des auteurs, lorsque la question de l'application du droit commun aux faits de guerre avait été mise en discussion devant la Société des prisons pendant la guerre de 1914 - 1918 (2), paraît avoir fait place à un système où la responsabilité de l'inférieur qui exécute un ordre criminel est engagée à côté de celle du supérieur qui a donné l'ordre, mais où la peine peut subir une atténuation lorsque l'ordre était régulier dans la forme, ou, en d'autres termes, lorsque la violation du droit n'était pas manifeste.

C'est la pratique qui a déjà été adoptée par les Tribunaux français pour le jugement de certains violateurs du droit de la guerre en 1914 et 1915. Malgré les ordres invoqués par les accusés allemands, les conseils de guerre de l'époque avaient prononcé des peines allant de quelques mois d'emprisonnement à la peine de mort (3). Ce faisant, ils s'étaient conformés à la jurisprudence suivant laquelle l'ordre supérieur ne saurait excuser un crime dès que le subordonné "a eu conscience qu'il servait d'instrument à un délit" (4).

II.- LES AUTRES DROITS DU CONTINENT EUROPEEN

La doctrine française trouve des correspondants presque identiques dans la plupart des droits du continent européen. Dans le droit belge, l'art. 70 du code pénal belge prévoit, comme l'art. 327 du code pénal français : "Il n'y a pas d'infraction, lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité". Mais, selon le prof. Glaser, la jurisprudence et la doctrine sont unanimes pour restreindre la portée de l'art. 70 aux cas où le fait commandé n'était pas d'une illégalité flagrante (5). Pour le surplus, les situations prévues par les art. 114,

- 1) Cf. Daniel, op. cit., p. 161, Note 315 ;
- 2) Cf. Dumas et Renault, op. cit. loc. cit. ;
- 3) Barthélémy, op. cit., p. 507 ;
- 4) Dalloz, Jurisprudence Générale, Supplément, V, Crimes et délits, No 309 ; Daniel, op. cit., p. 160-161 ; dans le même sens, Mérignhac : "De la sanction des infractions au droit des gens", Revue générale de droit international public, 1917, p. 50 ;
- 5) St Glaser "L'ordre hiérarchique en droit pénal international", Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, 1952-1953, p. 283.

184, 188 à 190 du code pénal français sont l'objet de dispositions analogues dans le code pénal belge. Ainsi, l'art. 260 déclare-t-il : "Lorsqu'un fonctionnaire ou officier public, un dépositaire ou agent de la force publique aura ordonné ou fait quelque acte contraire à une loi ou à un arrêté royal, s'il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs, pour des objets du ressort de ceux-ci et sur lesquels il leur était dû une obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine qui ne sera dans ce cas appliquée qu'aux supérieurs qui auront donné l'ordre" (1).

Comme c'est le cas dans le droit français, l'ordre supérieur n'est admis à titre de fait justificatif que dans l'hypothèse où il est conforme à la loi. Si l'ordre est illégal, l'exécutant est responsable de son acte. Il est exempté de toute peine lorsque la loi le prévoit expressément (art. 151, 152 et 260). Sinon, il bénéficie d'une simple atténuation.

Les remarques qui précèdent sont valables pour le droit luxembourgeois. En effet, l'art. 70 du code pénal du Grand-Duché reprend exactement les termes de l'art. 70 du code pénal belge et les art. 152 et 260 des deux lois sont absolument identiques (2).

Le code pénal suisse distingue en revanche l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité. L'art. 32 du code pénal fédéral de 1937 - qui constitue l'une des dispositions les plus récentes du droit commun dans ce domaine - range l'obligation légale, le devoir de fonction ou de profession parmi les actes licites : "Ne constitue pas une infraction l'acte ordonné par la loi ou par un devoir de fonction ou de profession ; il en est de même de l'acte que la loi déclare permis ou non punissable". En revanche, l'art. 64 ne prévoit qu'une atténuation de peine "lorsque le coupable aura agi ... sous l'ascendant d'une personne à laquelle il doit obéissance ou de laquelle il dépend ; "contrairement à l'ancien code pénal fédéral de 1853 qui admettait l'ordre supérieur comme fait justificatif (3). Quant au code pénal militaire de 1927, il stipule à son art. 18 que "si l'exécution d'un ordre de service constitue un crime ou délit, le chef ou le supérieur qui a donné l'ordre est punissable comme auteur de l'infraction", (al. 1). Mais si le subordonné avait conscience du caractère illicite de l'ordre qu'il a exécuté, il est également punissable bien que le juge ait la faculté d'atténuer librement la peine, c'est-à-dire de n'infliger que le minimum légal du genre de

1) De même, les art. 151 et 152 ;

2) Glaser, loc. cit., p. 290 ;

3) O.A. Germann "Das Verbrechen im neuen Strafrecht" 1942, p. 215, Thormann von Overbeck "Schweizerisches Strafgesetzbuch", 1938-1943, art. 32 ; Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts Allg. Teil, 2ème éd., 1946, p. 180 ; Logoz-Comment, art. 32, ch.3, p. 128, Neuchâtel, 1939 ; voir aussi von Weber "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl" Recht und Zeit, Hamburg, 1948, p. 10.

peine sans tenir compte du minimum prévu pour le crime ou le délit commis (art. 47 CPMS), voire même d'exempter le prévenu de toute peine (art. 18, al. 2, CPMS).

Le droit suisse rejette, par conséquent, la théorie du devoir d'obéissance absolue aux ordres donnés. L'acte reste délictueux, même s'il était commandé par l'autorité. En revanche, - et la distinction faite entre l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité trouve ici sa justification - la loi ne saurait autoriser, d'un côté, ce qu'elle défend de l'autre. Aussi, l'ordre de la loi doit-il toujours garder son effet justificatif.

On notera dans le cas de l'exécution d'un ordre illégal que le droit militaire a laissé des pouvoirs plus étendus au juge que ne l'a fait le droit commun, afin de tenir compte de l'assujettissement plus étroit dans lequel la discipline militaire place nécessairement le délinquant. Il convient de relever également que le code danois du 15 avril 1930 contient une disposition voisine de celle du code pénal suisse (art. 64, CPS) : "La peine prescrite par la loi pour un acte punissable peut être réduite dans les cas suivants : ...

" 5.- Si quelqu'un, par suite de son état de dépendance à l'égard d'une autre personne ou de la menace d'un dommage important, s'est laissé persuader de commettre l'acte en question " (1).

De même, le code pénal italien du 19 octobre 1930 consacre la responsabilité du subordonné qui a exécuté un ordre criminel. Son art. 51 prévoit que "celui qui, par obéissance, a commis une infraction est punissable, à moins qu'il n'ait agi en l'état d'une erreur de fait (art. 47) ou que la loi ne lui permette aucun contrôle de la légitimité de l'ordre reçu (2).

Le droit allemand ne s'est pas non plus écarté de ce principe, même sous le régime du national-socialisme. Le parti nazi et les organisations qui en dépendaient avaient sans doute consacré la règle de l'obéissance absolue en appliquant le "Führerprinzip", mais le droit positif est demeuré inchangé depuis les idées exprimées par Böhmer, au XVIIIème siècle, selon lequel le supérieur est seul responsable de l'exécution d'un ordre contraire au droit, lorsque le subordonné était tenu à une obéissance absolue (*passiva oboedentia*), pour autant cependant que l'acte n'ait pas été manifestement illégal (3).

C'est essentiellement dans le paragr. 47 du code

-
- 1) Glaser, loc. cit., p. 299 ;
 - 2) Glaser, loc. cit., p. 299 ; voir aussi Mancini "Trattato di diritto penale italiano, 1920, II, p. 153 ;
 - 3) Obs. I ad quaest. IV, n. 32, von Carpzov's Practica, 1758, Méditations in CCC art. 177, par. 2, n. 6, par. 4, n. 3 - cité par von Weber, op. cit., p. 7, note 17.

pénal milit. allemand du 10 octobre 1940 qu'on trouve la consécration du principe de la responsabilité conditionnelle du subordonné (1). Selon cette disposition fondamentale : Lorsqu'une infraction à une loi pénale résulte de l'exécution d'un ordre de service, le supérieur qui a donné l'ordre en est seul responsable. Toutefois, le subordonné qui a exécuté l'ordre est poursuivi comme complice :

1.- s'il a outrepassé l'ordre donné ou

2.- s'il avait connaissance du fait que l'ordre de son supérieur concernait un acte tendant à commettre un crime ou délit militaire ou de droit commun". Le second alinéa du par. 47 prévoit qu'il n'y a pas lieu de poursuivre lorsque la faute du subordonné est de peu de gravité.

Il est significatif de constater que le code pénal militaire allemand de 1940 ait laissé subsister une telle disposition, alors que le régime s'était tout entier orienté vers une organisation militaire et policière toute puissante où l'obéissance passive était pratiquement érigée à l'état de dogme. Pourtant, le serment au drapeau exigeait dans sa nouvelle rédaction une obéissance absolue envers le chancelier Hitler (2). Mais Weber estime qu'il ne faut pas voir là un devoir même moral d'obéir à des ordres qui avaient pour but la commission d'un délit. Lorsque le serment au drapeau fait du devoir d'obéissance une question d'honneur et de conscience, il suppose, déclare Weber, que son exécution ne saurait conduire à des actes déshonorants et contraires à la conscience. Mais la prestation de serment elle-même et le devoir de fidélité qui s'y attache excluent le doute sur la légalité des ordres donnés. Ce doute est à lui seul une trahison. Ainsi, la doctrine nationale-socialiste est parvenue, selon Weber, à faire en sorte que le subordonné n'ait pas même à songer à l'éventualité d'une résistance à des ordres criminels. En apparence tout au moins, les limites de la force obligatoire de l'ordre supérieur demeuraient inchangées dans le droit positif, puisqu'il n'y avait, en fait, nul besoin d'y introduire les principes absolus de l'obéissance passive. Ce point de vue se trouve confirmé par les déclarations souvent citées du Ministre Goebbels dans le "Voelkischer Beobachter" du 28 mai 1944 :

"Les pilotes (alliés) ne peuvent invoquer les ordres qu'ils ont reçus en tant que soldats. Aucun Tribunal Militaire n'admet que le soldat qui est l'auteur d'un crime déshonorant puisse se justifier en invoquant l'autorité de ses supérieurs, et cela d'autant moins, lorsque les ordres qu'il a reçus se trouvent en contradiction éclatante avec tous les principes qui découlent de la morale et des usages dans la

1) En ce qui concerne les rapports de subordination entre civils voir par. 13 de la loi sur les fonctionnaires du Reich ; von Weber, p. 8 et jurisprudence citée ;

2) Loi du 20 juillet 1935 (Reichsgesetzblatt I, p. 1035) ; von Weber, op. cit. p. 9.

conduite de la guerre" (1).

Mais si les principes contenus dans le paragr. 47 du code pénal militaire ont bien été maintenus, il convient néanmoins de tenir compte du fait que toute l'idéologie nationale socialiste tendait à supprimer chez les subordonnés l'idée qu'un ordre puisse être criminel. Il s'est donc creusé un fossé toujours grandissant entre le droit positif et la réalité sociale. C'est là une circonstance qu'on ne saurait négliger si l'on veut comprendre dans une certaine mesure l'aveuglement des allemands soumis quotidiennement à une propagande omniprésente habile à détruire tout esprit critique chez ceux qui auraient eu des velléités de penser, et surtout d'agir, à l'encontre de la doctrine officielle (2).

III.- LA DOCTRINE ANGLO-SAXONNE

Il est sans doute plus difficile de définir la position adoptée par la doctrine anglo-saxonne sur le problème de la responsabilité du subordonné pour les ordres contraires à la loi. Au premier abord, elle ne paraît pas sensiblement différente des doctrines continentales qui viennent d'être résumées (3).

En effet, le principe de l'obéissance absolue n'est valable que pour les ordres légaux. En droit britannique, le Mutiny Act (voté chaque année par le Parlement pour les armées de terre et de l'air) prévoit que :

"Rien de ce qui est contenu dans cette loi ne sera interprété comme exemptant un officier ou un soldat, quel qu'il soit, de l'application ordinaire de la loi".

Selon Dicey, "un soldat, pas plus qu'un civil, ne peut écarter la responsabilité encourue pour violation de la loi en alléguant qu'il l'a commise par obéissance "bona fide" aux ordres de ses chefs"4). La majeure partie des auteurs opinent dans le sens de la responsabilité du subordonné qui a exécuté l'ordre illégal. Ainsi, Hall, Holland, Phillipson, Finch, Higgins, Bartlett, Bellot, Garner, pour ne citer que quelques-uns des représentants de la doctrine anglo-saxonne, rejettent l'ordre supérieur en tant que

1) Cité par Weber, op. cit., p. 9-10 ;

2) comp. Schwinge, Gehorsam und Verantwortung in deutsche Rechtswissenschaft, 1939, p. 119 ; pour le droit néerlandais, cf. art. 43 du code pénal des Pays-Bas ; pour le droit soviétique, cf. le règlement disciplinaire de l'armée soviétique, art. 6 (Maurach, die Kriegsverbrecherprozesse gegen deutsche Gefangene in der Sowjetunion, Hamburg, 1950, p. 38) ;

3) Weber, op. cit., p. 11 ;

4) Dicey, The Law of the Constitution, 9ème éd. (1936), p. 302 ; Daniel, op. cit., p. 156.

fait justificatif. (1)

L'opinion contraire exprimée par Oppenheim jusque dans la 5ème édition de 1935 de son traité de droit international doit être considérée comme isolée. Il écrit en effet :

"Les violations des lois de la guerre ne constituent des crimes que dans le cas où elles ont été commises sans ordre du gouvernement belligérant en question. Si des membres des forces armées ont commis des violations sur l'ordre de leur gouvernement, ils ne sont pas des criminels de guerre et ne peuvent être punis par l'ennemi ; toutefois, ce dernier est autorisé à recourir aux représailles. Au cas où des membres des forces commettent des violations sur l'ordre de leurs chefs, les membres ne peuvent être punis, car les chefs sont seuls responsables et ces derniers peuvent, en conséquence, être punis comme criminels de guerre dès qu'ils sont faits prisonniers par l'ennemi" (2).

Cependant, si la presque totalité de la doctrine s'accorde au contraire à n'admettre un devoir d'obéissance absolue qu'en présence d'ordres légaux, la situation est rendue confuse par le fait que le Manuel militaire britannique, rédigé à la demande du gouvernement par le Colonel Edmonds et le Prof. Oppenheim, opinait jusque dans son édition de 1936 en faveur de la thèse de la minorité. Le Chap. XIV (No 443) de cette édition admettait, en effet, l'ordre supérieur comme un fait justificatif absolu : "Les membres des forces armées qui commettent des violations des règles reconnues du droit de la guerre sur l'ordre de leur gouvernement ou de leur chef militaire ne sont pas des criminels de guerre et ne peuvent donc pas être punis par l'ennemi. Celui-ci peut punir les fonctionnaires ou les chefs militaires responsables de tels ordres, s'ils tombent entre ses mains ; sinon, il doit recourir à d'autres moyens pour que justice soit faite" ...

L'attitude adoptée par le Manuel militaire britannique a été l'objet des plus vives critiques. Cependant, le texte de 1914, conservé en 1936, était toujours en vigueur au début de la guerre de 1939-1945. Bien que ce Manuel n'ait pas la valeur d'un texte de loi, il résume les règles conventionnelles et coutumières qui, aux yeux des spécialistes du droit des gens qui l'ont rédigé, sont l'expression du droit de la guerre applicable par l'armée britannique. Force est de constater cependant que dans l'édition en vigueur au début de la 2ème guerre mondiale, le Manuel militaire britannique était sur ce point en contradiction avec le droit commun.

- 1) Hall, Intern. Law, 6ème éd., p. 410 ; Holland, Laws of War on Land, par. 117-118 ; Phillipson, Intern. Law and the great War, p. 260 ; Finch (AJIL., XV-1921, p. 440) ; Higgins (Law Quarterly Review, XXXVIII-1922, p. 104) ; Bartlett (ibid. XXXV, p. 191) ; Bellot (Grotius Society Publications II-1917, p. 46) ; Garner, Intern. Law and the World War, Vol. II-1920-par. 588, p. 483 ;
- 2) Oppenheim, Intern. Law, 1935, T. II, par. 253 ; G. Lüttmer, op.cit.

On peut en dire autant du droit américain.

Dans leur édition de 1940 (No 347), les règles américaines concernant la guerre sur terre (United States Rules of Land Warfare) prévoient :

"Les membres des forces armées ne seront pas punis pour ces violations (du droit de la guerre), si elles sont commises sur l'ordre ou avec l'autorisation de leur gouvernement ou de leurs chefs. Les chefs qui ordonnent ces actes, ou sous l'autorité desquels ils sont commis par les troupes, peuvent être punis par le belligérant entre les mains duquel ils peuvent tomber".

Cette solution semble approuvée par la doctrine, mais avec des réserves. Ainsi, Winthrop déclare :

"En droit militaire, en effet, le subalterne, obligé qu'il est d'obéir à tous les ordres qui ne sont pas évidemment illégaux, peut, lorsqu'il a à répondre dans un procès d'un acte commis sur un ordre qui est apparemment légal, mais en fait illégal, invoquer comme excuse son devoir d'obéir, et une telle défense serait, en général, reconnue comme une réponse suffisante à l'accusation" (1).

La jurisprudence semble hésitante, bien que la majorité des décisions inclinent au rejet du fait justificatif, même si l'ordre est en apparence légal. Elle retient tantôt la responsabilité du supérieur et celle de l'exécutant, tantôt l'une des deux seulement. Elle paraît cependant plus large que celle des tribunaux britanniques (2).

Selon Miller, cependant, : "L'ordre donné par un officier supérieur ne justifie pas le subordonné qui commet un acte criminel, ni dans l'armée ou la marine, ni dans la vie civile". Faisant allusion à l'aff. *Riggs v. State*, il ajoute : "Mais il est admis que si un simple soldat n'est pas justifié en exécutant l'ordre illégal de son supérieur, il est toutefois obligé d'obéir si cet ordre avait les apparences de la légalité et dans ce cas, il sera couvert" (3).

Ainsi, selon l'opinion dominante, le subordonné est tenu responsable des actes commis sur ordre qui constituent de manifestes violations du droit. "Entre un ordre absolument légal et un autre qui, évidemment, ne l'est pas, il y a un domaine intermédiaire où la légalité finale et la légitimité des ordres

1) Winthrop's Military Law and Precedents, 2ème éd. (1920), p. 886 ;

2) Cité par Glaser, loc. cit. p. 298 ; v. aussi Thomas Raeburn White, *Yale Review*, Été 1943, p. 713, cité par Daniel, pp. cit. p. 158 ;

3) Justin Miller, *Handbook of Criminal Law*, 1934, p. 167 ; v. aussi J.A. Farrer "Die europäische Politik unter Eduard VII" cité dans la traduction allemande par Weber, op. cit. p. 12, note 34.

dépendent ou peuvent dépendre de circonstances ou de conditions dont on ne peut s'attendre à ce que l'inférieur soit informé ou avisé" (aff. Mac Call v. Dowell) (1). Dans ce cas, le subordonné peut invoquer avec succès l'ordre qu'il a reçu, en se prévalant de la règle suivant laquelle le doute profite à l'accusé.

La doctrine et la jurisprudence américaines ont donc introduit dans l'application de la règle par trop sommaire énoncée dans le Règlement de 1940 une nuance qui en réduit sensiblement la portée, puisque l'obéissance aveugle aux ordres n'est pas admise comme une cause de justification, lorsque l'auteur du crime pouvait et devait en reconnaître le caractère illégal.

On voit par là que la doctrine anglo-saxonne ne diverge pas sensiblement des doctrines continentales rappelées plus haut. En tout état de cause, ni les unes ni les autres ne font de l'ordre supérieur une cause d'exonération absolue de la responsabilité de l'exécutant.

IV.- LE DROIT INTERNATIONAL

La Commission dite des responsabilités, nommée le 25 janvier 1919 par la Conférence préliminaire de la paix, avait déjà reconnu dans le rapport qu'elle avait présenté le 29 mars 1919 la nécessité d'écarter le principe de la justification inconditionnelle par les ordres hiérarchiques : "Il convient d'ajouter que le fait seul qu'une autorité supérieure aurait été condamnée ne doit pas soustraire les autorités civiles et militaires subordonnées à la responsabilité directement encourue par elles pour la même infraction. Ce sera au tribunal à décider si l'excuse résultant d'ordres supérieurs doit être retenue comme suffisante pour écarter toute responsabilité" (2).

Le Traité de Versailles du 28 juin 1919 est muet sur ce point. Son art. 228 ne fait que poser le principe d'une répression des violations du droit de la guerre sans se prononcer

- 1) Cité par J. Barthélémy, loc. cit. p. 495 ; Daniel, op. cit. ;
- 2) La documentation internationale - La paix de Versailles, Vol. III, 1930, p. 476 ; v. aussi AJIL, Vol. 14 (1920), p. 120 ; G. Schwarzenberger, War crimes and the problem of an international criminal court. (Czechoslovak. Yearbook of international Law, Londres, 1942, p. 78) ; Daniel, p. 17 ; Lauterpacht, Law of Nations and Punishment of war crimes, Brit. Yearbook of international Law, 1944, p. 69 ; History of the United Nations War crimes commission, Londres, 1948, p. 274 ; sur l'affaire "Caroline-McLeod" voir Law Reports, Vol. I, p. 16.

sur les modalités de ces poursuites. Cependant, le prof. Glaser admet qu' "il était certainement dans l'intention des auteurs de cette clause de rendre responsables les coupables de ces violations, sans égard au fait qu'ils ont agi ou non sur l'ordre d'un supérieur hiérarchique"(1).

En revanche, la Convention de Washington du 6 février 1922 relative à l'emploi des sous-marins et des gaz asphyxiants en temps de guerre prévoyait à son art. 3 que l'ordre supérieur ne pouvait être invoqué en cas de guerre sous-marine illimitée : "la pénalité doit être appliquée indépendamment du fait que l'accusé a agi ou non par ordre d'un supérieur hiérarchique" (2). Bien que cette convention n'ait jamais été ratifiée, on peut douter qu'elle représente dans le domaine de l'ordre supérieur une exception aux principes communément admis comme le voudrait Manner (3). Ainsi que le suggère Daniel, il faut plutôt voir là une tentative de préciser un point de droit sur lequel des doutes avaient pu naître (4).

Dans le domaine de la jurisprudence, il est particulièrement frappant de constater que la Cour suprême allemande, à qui fut confié le soin de juger les violations du droit de la guerre commises par des Allemands en Allemagne ou à l'étranger à l'encontre de ressortissants ou de biens ennemis ne s'est, au moins en théorie, pas écartée de cette ligne de conduite, bien que sa conception des effets pratiques de l'ordre supérieur ait, à juste titre, fait l'objet des plus sévères critiques. Dans l'affaire du bateau-hôpital britannique "The Llandovery Castle", les accusés Dithmar et Boldt, officiers du sous-marin allemand qui en avait opéré le torpillage et massacré les survivants, avaient, en effet, invoqué l'ordre reçu de leur commandant, le Lt de vaisseau Patzig. La Cour a néanmoins retenu leur culpabilité, car "l'ordre ne dispense pas l'accusé de la faute, si un tel ordre est universellement connu comme contraire à la loi" (5). Mais elle ne les a pourtant condamnés qu'à la peine de 4 ans d'emprisonnement cha-

-
- 1) Glaser, op. cit., p. 302 ; contra Manner, The legal nature and punishment of criminal acts of violence contrary to the laws of war (AJIL, Vol. 37-1943, p. 411, sp. 417) ;
 - 2) v. Donnedieu de Vabres, Les principes modernes du droit pénal international, 1928, p. 144, No 17 ; Accioly, Traité de droit international public, 1940, Vol. I, p. 85 ; Weber, op. cit. p. 4 ; Daniel, op. cit. 4 ;
 - 3) Manner, op. cit., p. 417 ;
 - 4) Daniel, op. cit. p. 165 ;
 - 5) History of the U.N. War crimes commission, op. cit. p. 48 et 286 ; Bauer, op. cit., p. 61 et 159 ; Glaser, op. cit., p. 302 et s.

cun, dans son jugement du 16 juillet 1921 (1).

Dans l'affaire du "Dover Castle", autre navire-hôpital britannique également coulé par un sous-marin allemand pendant la première guerre mondiale, la Cour a prononcé l'acquittement du commandant, le capitaine Neumann. Elle a cependant déclaré que le subordonné qui agit sur ordre est responsable de son acte s'il outrepassé l'ordre reçu ou s'il se rend compte que l'ordre donné implique l'accomplissement d'un crime ou d'une action dolosive. Neumann avait déclaré que l'ordre qu'il avait reçu à ce sujet ne lui avait pas paru contraire au droit des gens (2). C'est la confirmation pure et simple des termes employés par l'art. 47 du code pénal militaire allemand (Jugement du 4 juin 1921).

On notera, d'autre part, que dans l'affaire du Général Stenger, accusé d'avoir fait fusiller des prisonniers de guerre, elle a pourtant condamné l'exécutant de cet ordre pour homicide par imprudence à deux ans d'emprisonnement (3).

Dans l'affaire du Grand amiral Tirpitz, accusé d'avoir coulé sans avertissement des navires ennemis dans des circonstances de cruauté et d'inhumanité extraordinaires, l'accusé a bénéficié en revanche d'une ordonnance de non-lieu pour avoir agi en exécution d'un ordre dont il ne pouvait reconnaître l'illégalité, étant donné que, de l'avis des juges, rien dans le droit international ne s'opposait à une telle forme de combat (4).

Cette jurisprudence, que la Cour suprême de Leipzig tenait pour conforme au droit international, a rencontré la plus vive opposition notamment dans les pays anglo-saxons. Ainsi que le relève Weber, on a vu là une négation du droit international et on a pu craindre que si une telle doctrine était jamais adoptée, la conclusion d'accords internationaux pour la réglementation de la conduite de la guerre soit rendue impossible, car chacun aurait pu désormais se retrancher derrière l'ordre d'un supérieur. C'est pour éviter que la jurisprudence de Leipzig ne fasse école qu'il a paru nécessaire de préciser dans des instruments internationaux la portée qu'il convenait d'attribuer à l'avenir à l'exception tirée de l'ordre supérieur. La Convention de Washington de 1922 déjà citée témoigne des efforts qui ont été faits dans ce sens (5).

1) Cf. ci-dessus, p. 17 ;

2) Glaser, op. cit., p. 302 ;

3) History ... op. cit. p. 50 ; Bauer, op. cit., p. 159 ;

4) Lauterpacht, op. cit., p. 70 ; Glaser, op. cit., ibid. ;

5) Weber, op. cit., p. 4.

Cependant, aucun texte de droit international positif n'existait dans ce domaine au moment où la 2ème guerre mondiale a éclaté. Si la majorité de la doctrine rejetait la théorie de l'obéissance passive pour admettre à certaines conditions la responsabilité de l'exécutant, aucune convention ne liait les Etats à cet égard. Du point de vue du droit international, la question demeurait pratiquement ouverte. Seuls les droits internationaux contenaient des règles précises dont la doctrine et la jurisprudence avaient fixé les limites. C'est donc beaucoup plus de la somme de ces dispositions internes et des principes d'interprétation admis dans chaque pays, plutôt que du droit international lui-même, que sont issues les normes qui ont régi après la 2ème guerre mondiale l'ensemble de la répression des crimes de guerre.

Paragr. 3.- L'évolution consécutive à la répression des crimes de guerre.

Les textes adoptés par les différents pays qui ont organisé après la 2ème guerre mondiale des poursuites pour crimes de guerre montrent un parallélisme frappant sur le problème qui fait l'objet du présent chapitre.

Tous contiennent des dispositions visant l'exception tirée de l'ordre hiérarchique tant il était prévisible que les accusés chercheraient là le principal argument de leur défense. Tous s'accordent à lui ôter le caractère d'un fait justificatif en laissant la plupart du temps aux tribunaux le soin d'en tenir compte en vue d'une atténuation, voire même d'une exemption de peine, suivant le mérite de chaque cas d'espèce.

Ces diverses législations s'inspirent ainsi du principe suivant lequel le subordonné demeure responsable de ses actes, alors même qu'il aurait agi sur ordre. La majorité d'entre elles prennent soin de préciser que ni sa loi nationale, ni les commandements que l'accusé reçoit de ses supérieurs ne peuvent constituer des causes de justification des infractions qu'il commet. Le caractère délictueux de l'infraction subsiste, par conséquent, dans tous les cas. Il appartient aux tribunaux de fixer les critères suivant lesquels ils accorderont les circonstances atténuantes ou l'excuse absolutoire.

On vient de voir que ce système ne représente qu'une innovation relative.

Sans doute, déroge-t-il au droit positif lorsque - comme c'est le cas, par exemple, pour les codes français, belge et luxembourgeois - l'ordre supérieur figure dans la loi uniquement à titre de fait justificatif (art. 327 code pénal français; art. 70 code pénal belge ; art. 70 Code pénal luxembourgeois), l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime formant les deux éléments d'une seule et même cause d'exonération de la responsabilité. Dans les codes précités, la situation de l'exécutant d'un ordre illégal n'est prévue qu'exceptionnellement (art. 114, 184, 188-190 code pénal français ; art. 151, 152 et 260 code pénal belge ; art. 151, 152 et 260 code pénal luxembourgeois). La loi ne contient pas de disposition de portée générale permettant de savoir, hormis ces cas particuliers, comment doit être apprécié le comportement de celui qui a agi "sous l'ascendant d'une personne à laquelle il devait obéissance" (comp. art. 64 code pénal suisse).

Mais on ne saurait faire abstraction des règles qui ont été admises à ce propos par la doctrine et la jurisprudence, afin de combler cette lacune de la loi. Le principe de l'atténuation de la peine, lorsque l'ordre avait les apparences

de la légalité est le corollaire presque nécessaire de la justification par l'ordre légal émanant de l'autorité légitime. Si l'on tient compte de l'ensemble du droit commun et non exclusivement des règles écrites figurant dans les codes, le système adopté par la législation en matière de crimes de guerre n'est donc pas une nouveauté. Il donne seulement une expression légale à des principes d'interprétation précédemment admis.

I.- LES LOIS NATIONALES

Bien que les termes varient, les dispositions des lois nationales relatives à l'exception de l'ordre supérieur sont rédigées sensiblement de la même manière. Pour reprendre néanmoins les divisions observées au paragraphe précédent, on examinera tout d'abord les lois de l'Europe occidentale, puis celles du groupe anglo-saxon dans lequel il faut également ranger la Loi No 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne occupée.

1.- Les lois du continent européen.-

a) La France.

L'art. 3 de l'ordonnance française du 28 août 1944 prévoit : "Les lois, décrets ou règlements émanant de l'autorité ennemie, les ordres ou autorisations donnés par cette autorité ou par les autorités qui en dépendent ou qui en ont dépendu, ne peuvent être invoqués comme faits justificatifs au sens de l'article 327 du code pénal, mais seulement, s'il y a lieu, comme circonstances atténuantes ou comme excuses absolutoires."

Le législateur d'Alger a visé à la fois l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime, en vue de faire pièce aux deux éléments constitutifs de l'art. 327 du code pénal. Selon Juglart, il avait le choix entre trois systèmes (1). Il pouvait, tout d'abord, exclure non seulement le fait justificatif, mais aussi les circonstances atténuantes et l'excuse absolutoire, dès le moment où l'infraction avait été commise à l'occasion de la guerre. M. Hugueney paraît avoir admis une solution voisine, quoique d'une manière plus générale pour tous les ordres qui sont donnés à des officiers (2). Dans ce premier système, l'exclusion absolue de la justification par l'ordre supérieur se fonde non sur l'illégalité manifeste de l'ordre, mais sur la situation personnelle de l'inculpé.

1) M. de Juglart, Répertoire méthodique de la jurisprudence militaire, Sirey, 1946, p. 245 et JCP, 1946, I, 499 ;

2) Hugueney, Traité, p. 398.

Dans un second système, l'admission ou le rejet du fait justificatif devrait être décidé suivant chaque cas d'espèce. Ainsi, le soldat qui faisait partie d'un peloton d'exécution devrait être justifié, car il ne pouvait faire autrement, tandis que celui qui a agi en vertu d'une autorisation générale demeurerait pleinement responsable de son crime (1).

L'ordonnance de 1944 s'est ralliée à un troisième système intermédiaire où le caractère délictueux de l'acte commis sur ordre est maintenu en toute hypothèse, le juge ayant le pouvoir d'individualiser la peine suivant les cas d'espèce (2). C'est le compromis auquel recourait déjà la jurisprudence dans le domaine du droit commun, en vue de concilier le devoir d'obéissance aux ordres reçus et l'obligation de se comporter conformément au droit. Ainsi que Donnedieu de Vabres le relève, c'est aux tribunaux qu'il appartient de dire dans quels cas il y a eu irrégularité apparente (3). M. Coste-Floret approuve cette solution, car "dans la plupart des hypothèses où il y a crime de guerre, l'illégalité de l'ordre était manifeste, mais il admet qu'il puisse exister des cas extrêmes où la responsabilité de l'agent disparaît (4).

Le législateur d'Alger s'est certainement inspiré des dispositions du code pénal réglant la responsabilité des fonctionnaires coupables de délits commis sur ordre (art. 114, 184, etc.) et de la pratique généralement suivie par les tribunaux dans le cas où la situation de l'exécutant d'un ordre criminel n'est pas prévue par la loi (5).

Mais on peut se demander avec M. Hammes si l'ordonnance française ne repose pas sur une pétition de principes (6). En effet, le juge doit théoriquement examiner in abstracto si l'ordre était objectivement illégal et in concreto, si cette illégalité était ou non manifeste. En considérant d'office l'illégalité de l'ordre comme manifeste, l'art. 3 de l'ordonnance du 26 août 1944 tient pour certain ce qu'il s'agissait précisément d'établir dans chaque cas.

En outre, l'atténuation prévue par l'art. 3 n'est que facultative, car les lois, ordres ou autorisations de l'autorité ennemie ne pourront être invoqués que "s'il y a lieu". Les premiers arrêts du tribunal militaire de cassation de Paris

- 1) Normand, Société des prisons, 16 juin 1915 (Revue pénitentiaire, 1915, p. 470) ;
- 2) Cass. crim., 25.2.45 ;
- 3) Donnedieu de Vabres, Traité, p. 240 ;
- 4) Coste-Floret, La répression des crimes de guerre et le fait justificatif de l'ordre supérieur, D., 1945, Chron. IV, p. 21 ;
- 5) Cf. ci-dessus, p. 206 ;
- 6) Ch. Hammes, op. cit. (RDPC., Déc. 1946).

(1) "rappellent que la question d'excuse absolutoire ne doit pas être posée d'office et d'une façon générale que le tribunal militaire reste libre d'accorder ou de refuser au condamné le bénéfice de dispositions qui lui sont favorables" (2). Mais le tribunal "est tenu de poser la question de l'excuse absolutoire à la demande de la défense, même si le fait proposé est l'ordre de l'autorité ennemie" (3).

On trouve des dispositions analogues à celle de l'ordonnance du 28 août 1944 dans une série de textes destinés à la répression de la collaboration avec l'ennemi. Ainsi, l'ordonnance du 6 octobre 1943 "sur la répression des rapports avec l'ennemi et la guerre économique" prévoit : "Si les inculpés invoquent les actes dits lois ou décrets du prétendu gouvernement de Vichy, les tribunaux compétents ne pourront retenir ceux-ci comme faits justificatifs, mais seulement comme circonstances atténuantes". Ailleurs, le fait justificatif est, en revanche, maintenu, mais à certaines conditions qu'il n'est pas inutile de comparer à la solution de l'exclusion pure et simple de l'ordonnance relative à la répression des crimes de guerre. C'est le cas de l'ordonnance du 28 novembre 1944 relative aux faits de collaboration, dont l'art. 3 prévoit à son alinéa premier :

" Il n'y a ni crime, ni délit à la charge des auteurs et complices lorsque les faits n'ont comporté de leur part que la stricte exécution - exclusive de toute initiative personnelle - d'ordres ou d'instructions reçus sans aucun dépassement de ceux-ci ou de l'unique accomplissement d'obligations professionnelles, sans participation volontaire à un acte anti-national".

"Toutefois, précise l'alinéa 2 du même article, "les lois, décrets, règlements et autorisations de l'autorité de fait dite gouvernement de l'Etat français ne constituent ni le fait justificatif au sens de l'art. 327 du code pénal, ni les autorisations ou approbations prévues dans les définitions de certaines infractions lorsque le prévenu avait la faculté de se soustraire à leur exécution par son initiative personnelle et que sa responsabilité ou son autorité morale était telles que son refus aurait servi la nation".

Enfin, l'alinéa 3 exclut du bénéfice du fait justificatif maintenu à l'alinéa 1er les faits de dénonciation ou de livraison de personnes, les actes individuels de violence et les livraisons délibérées de matériel, de pièces ou de renseignements à l'ennemi (4).

- 1) remplacé ensuite par la Cour de cassation (art. 1 et 125 bis du Code de Justice militaire) ;
- 2) Juglart, Répertoire, p. 245 ;
- 3) Cass. cr. 9.6.48 ; Stadelhofer ; comp. Crim. C. 12.6.47 ; Biewald ; Cass. cr. 12.2.48 ; Fitz (JCP, 1948, IV, p. 53) ;
- 4) Bouzat, Traité, No 259, p. 211-212.

On notera la formule restrictive de l'al. 2 dont les termes laissent au juge une faculté d'appréciation relativement large. Si l'admission du fait justificatif à l'al. 1er est, elle aussi, subordonnée à la réunion d'un certain nombre de conditions, elle demeure la règle, tandis que l'al. 2 forme l'exception. Sans doute, les situations diffèrent-elles quelque peu l'une de l'autre. Ici, il est fait grief à l'inculpé de ne pas avoir su discerner la contradiction qui existait entre le droit commun et les injonctions d'un gouvernement dont l'autorité faisait l'objet des plus sérieuses contestations. Dans le cas des crimes de guerre, l'inculpé n'avait pas su choisir entre l'ordre de sa loi nationale et l'obligation résultant du droit international.

Le législateur de 1944 n'a pas voulu introduire dans l'ordonnance relative aux crimes de guerre les distinctions qui figurent dans l'ordonnance du 28 novembre 1944. Il a estimé préférable de maintenir le caractère délictueux de l'acte en toute hypothèse et de laisser le juge apprécier les cas individuels. Il est vrai que le régime de faveur accordé par l'ordonnance visant les faits de collaboration à la stricte exécution d'un devoir de fonction ou de profession (comp. art. 32 du code pénal suisse), était difficilement applicable au cas des crimes de guerre. C'était ouvrir la porte à un relâchement possible de la répression.

A supposer qu'une règle spéciale ait été jugée nécessaire, on peut se demander toutefois s'il n'aurait pas été possible de maintenir le fait justificatif dans le cas où l'ordre avait toutes les apparences de la légalité, ce qui aurait donné un caractère moins absolu à la responsabilité du subordonné, tout en permettant au juge de se prononcer suivant chaque cas d'espèce.

b) Autres lois du continent européen.

Comme l'ordonnance française, la loi danoise sur la répression des crimes de guerre supprime le fait justificatif de l'ordre supérieur et laisse au juge le pouvoir d'accorder les circonstances atténuantes ou même l'excuse absolutoire dans les cas particulièrement bénins (1).

La loi norvégienne prévoit également à son paragr. 5 que l'état de nécessité et les ordres supérieurs ne peuvent être invoqués à titre de faits justificatifs du crime de guerre. Elle permet néanmoins au tribunal de tenir compte de ces circonstances en vue d'une atténuation de la peine, le juge étant libre de descendre en-dessous du minimum légal prévu pour le crime commis ou d'infliger un genre de peine plus doux, ou encore, d'aller jusqu'à l'exemption de toute peine dans les cas les moins graves(2).

1) Loi No 395 du 12.7.46, paragr. 4 (G. Lummert, p. 92) ;

2) Loi du 13.12.46 (No 14) (Law Reports, Vol. III, p. 81-85, cf. aussi H. Sund, Les criminels de guerre en Norvège et la répression de leurs délits (RDPC., 1947, p. 705).

La loi luxembourgeoise prend soin d'exclure du bénéfice du fait justificatif aussi bien le devoir de fonction, de service ou de profession, que l'ordre de la loi ou le commandement de l'autorité légitime. Elle stipule à son art. 4 : "En aucun cas, l'application des lois visées à l'art. 1er (1) ne pourra être écartée sous le prétexte que les auteurs, co-auteurs ou complices des infractions y prévues auraient agi en qualité de fonctionnaire, soldat ou agent au service de l'ennemi (Al. 1). Les lois, décrets ou règlements émanant de l'autorité ennemie, les ordres ou autorisations donnés par cette autorité ou par les autorités qui en dépendent ou qui en ont dépendu ne seront pas considérés comme causes de justification au sens de l'art. 70 du code pénal" (2).

La loi belge présente un intérêt particulier en raison de la solution nuancée qu'elle donne au problème de l'ordre supérieur dans son art. 3 : "Dans le cas de poursuites intentées par application de l'article 2 de la présente loi (3), le fait que l'inculpé a agi conformément aux prescriptions de lois ou règlements ennemis et aux ordres d'un supérieur hiérarchique ne peut être considéré comme cause de justification au sens de l'article 70 du code pénal, lorsque l'acte reproché constituait une violation flagrante des lois et coutumes de la guerre ou des lois de l'humanité. Il pourra éventuellement être considéré comme circonstance atténuante" (4).

On notera ici la condition du caractère flagrant de la violation du droit international qui paraît être la garantie d'une justice plus équitable pour l'accusé, puisque si l'ordre avait toutes les apparences de la légalité, c'est-à-dire s'il n'était pas en contradiction flagrante avec le droit de la guerre, le subordonné peut être justifié. Pourtant, cette restriction ne paraît pas mettre en danger la fermeté de la répression, car l'appréciation du caractère flagrant d'une violation des lois et coutumes de la guerre - critère du rejet de la cause de justification - relève du domaine du juge du fond (5). L'octroi des circonstances atténuantes est d'ailleurs également facultatif.

- 1) Cf. ci-dessus, p. 78 ;
- 2) Loi du 2 août 1947 (Mémorial du Grand-Duché, No 38 du 11.8.47) (G. Mimmert, p.100 et Ch. Hammes, op.cit. RDPC, déc. 1946) ;
- 3) Cf. ci-dessus, p. 79 ;
- 4) Loi du 20.6.47 (Moniteur belge des 26-27.6.47, p. 6304) (G. Mimmert, op. cit., p. 89) ;
- 5) Cass. belge 2ème ch., 4.7.49 (RDPC, juillet 1949, p. 986) ; cf. aussi Glaser (RDPC, Janv. 1953, p. 289 et jurisprudence citée) ; pour le droit néerlandais qui n'a pas été modifié sur ce point par la loi du 10.7.47, cf. Law Reports, Vol. XI, p. 99 ; v. aussi la loi polonaise du 11.12.46 (Law Reports, Vol. VII, p. 88) ; sur la loi tchèque du 19.6.45, v. W. Solnar (RIDP, 1948, p.65) et Law Reports, Vol. V, p. 21 ; comp. pour le droit allemand, Ad. Schönke, Strafgesetzbuch Kommentar, 3ème éd. 1947, p.166.

2.- Les lois anglo-saxonnes.

Jusqu'en 1944, le Manuel britannique à l'usage de l'armée est demeuré en opposition avec les principes admis par le droit criminel en ce qui touche à la responsabilité des subordonnés pour les ordres qu'ils reçoivent (1). Dans son édition de 1940, il prévoyait encore l'impunité absolue des membres des forces armées, même pour l'exécution d'ordres qui violaient les règles reconnues du droit de la guerre. Seuls les fonctionnaires ou les chefs militaires responsables de ces ordres criminels pouvaient être punis. L'art. 443 du Manuel reflétait ainsi, on l'a vu, l'opinion exprimée dans la 5ème édition de l'ouvrage d'Oppenheim, publiée en 1935.

Ce n'est qu'à la fin de la seconde guerre mondiale que ce point de vue a été modifié, tant il a paru contraire, aussi bien au droit interne qu'au droit international (2).

En effet, le droit criminel britannique ne considère pas qu'un ordre illégal puisse être une cause d'exemption de la culpabilité. Lauterpacht ne déclare-t-il pas à ce propos: "C'est un principe bien établi que lorsqu'un membre des forces armées de la Couronne est jugé devant un tribunal civil à raison d'une activité criminelle, l'obéissance à un ordre criminel n'est pas, par soi-même, une excuse" (3). Lauterpacht a contesté, d'autre part, l'application de l'art. 443 du Manuel britannique en droit international et l'opinion qu'il a exprimée à ce sujet dans la 6ème édition de l'ouvrage d'Oppenheim (1944) a sans doute marqué un tournant dans la pratique de l'armée britannique, telle qu'elle est consignée dans son Manuel. Le prof. Lauterpacht s'est vu confier le soin d'en préparer une nouvelle édition et en avril 1944, un amendement était apporté à l'art. 443: "Le fait qu'une règle de la guerre a été violée en exécution d'un ordre du gouvernement belligérant ou d'un chef appartenant à une Puissance belligérante n'enlève pas à l'acte en question son caractère de crime de guerre; en principe, ce fait ne permet pas non plus à l'auteur de l'acte d'échapper au châtiment infligé par le belligérant victime du dit acte. Il est hors de doute qu'un Tribunal devant lequel on invoque l'excuse de l'ordre supérieur pour justifier un crime de guerre doit tenir compte du fait qu'il est du devoir de tout membre des forces armées d'obéir aux ordres militaires qui ne sont pas manifestement illégaux et qu'on ne peut

1) Cf. ci-dessus; p. 213;

2) Sack, Punishment of war criminals and the defense of superior orders (The Law Quarterly Review, Janv. 1944, Vol. 60, p. 63);

3) Lauterpacht, Law of Nations and Punishment of War crimes (British Yearbook of International Law, 1944, p. 69); v. aussi Stephen, History of criminal Law of England, Vol. I, p. 205.

pas s'attendre à ce que, dans la situation créée par les exigences de la discipline de guerre, il pèse scrupuleusement la valeur légale de l'ordre reçu. Cependant, cette question est régie par le principe fondamental selon lequel les membres des forces armées ne sont obligés d'obéir qu'à des ordres légaux et qu'ils ne peuvent, en conséquence, être dégagés de leur responsabilité si, en obéissant à un ordre, ils commettent des actes qui violent des règles de la guerre incontestées et qui outragent le sentiment général d'humanité" (1).

Le 15 novembre 1944, une modification analogue a été introduite dans les Règles américaines (U.S. Rules of Land Warfare). Le No 347 a été supprimé et une adjonction a été faite au No 345 :

"Les individus et les organisations qui violent les lois et les coutumes reconnues de la guerre peuvent être punis de ce chef. Cependant, le fait que les actes incriminés ont été commis sur l'ordre d'un supérieur hiérarchique ou avec l'autorisation du gouvernement peut être pris en considération dans la détermination de la culpabilité, soit à titre d'excuse, soit comme motif de diminution de la peine. La personne qui donne ces ordres peut également être punie" (2).

Le texte américain diffère, toutefois, quelque peu de l'amendement britannique, bien que l'un et l'autre se soient départis du principe de l'obéissance absolue. Le nouveau texte du Manuel britannique paraît exclure l'argument de l'ordre supérieur en tant que fait justificatif. L'exécutant demeure responsable de son acte et la peine peut éventuellement faire l'objet d'une atténuation. En revanche, la disposition adoptée dans le No 345 des Règles américaines permet de considérer les ordres supérieurs ou le fait que l'acte a été commis avec l'autorisation du Gouvernement pour l'appréciation de la culpabilité, soit à titre de fait justificatif, soit en vue d'une atténuation de la peine.

Cependant, on relèvera que le Règlement américain pour la répression des crimes de guerre sur le théâtre d'opérations de la Méditerranée (Mediterranean Regulations) prévoit à son art. 9 l'exclusion du fait justificatif avec une possibilité d'atténuation de la peine. Les dispositions correspondantes du Règlement intéressant le théâtre d'opérations du Pacifique de septembre 1945 (Pacific Regulations - art. 16, litt. f) des Rè-

- 1) Oppenheim-Lauterpacht, Intern. Law, 6ème éd. (1944) par. 253, p. 452 ; comp. 7ème éd. (1952), par. 253, p. 568 ; et History of the United Nations War Crimes Commission and the development of the Laws of War, 1948, p. 276, No 1, 281-2 ; sur la pratique des tribunaux britanniques en matière de crimes de guerre, v.F. Honig, Kriegsverbrecher vor englischen Militärgerichte (RPS, Vol. 62, p. 21) ; Lauterpacht, op. cit. p. 69, No 2 ; dans le même sens Lord Cave (8 Grot.Soc. XXIII) ;
- 2) History, op.cit.p. 282 ; Law Reports, Vol. I, p. 32.

gles valables en Extrême-Orient (SCAP Rules - art. 5 (d) (6) et du Règlement valable pour la Chine (China Regulations - art. 16, litt. f) sont conçus en des termes analogues.

"La position officielle occupée par un accusé ne pourra être considérée comme une cause d'exonération de sa responsabilité. En outre, le fait qu'un acte a été commis en exécution d'un ordre donné par un supérieur de l'accusé, ou par son gouvernement, ne constituera pas une cause de justification, mais on pourra en tenir compte en vue d'une atténuation de la peine, si le Tribunal estime que la justice l'exige" (1).

De même, la loi No 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne prévoit à son art. II, ch. 4 - après avoir également rejeté le principe de l'immunité politique des chefs d'Etat et des hauts fonctionnaires (litt. a) -

" b) Le fait qu'une personne ait agi conformément aux ordres de son gouvernement ou d'un supérieur ne la dégage pas de la responsabilité d'un crime, mais peut être considéré comme une circonstance atténuante".

Le ch. 5 du même article retire aux accusés le droit d'invoquer une prescription accomplie entre le 30 janvier 1933 et le 1er juillet 1945. "De même", ajoute-t-il, "il ne sera pas admis que fasse obstacle tant au procès qu'à la peine, une immunité, grâce ou amnistie accordée sous le régime nazi". Il faut, sans doute, voir dans l'exclusion du bénéfice de l'immunité une disposition analogue à celles des autres lois continentales citées plus haut où non seulement le commandement de l'autorité légitime, mais aussi l'ordre de la loi ennemie perd son effet justificatif. (2).

-
- 1) Law Reports, Vol. I, p. 18-20, 31-33, 120 ; voir aussi la loi canadienne du 31.8.46, art. 15 (Law Reports, Vol. V, p. 20) ;
 - 2) comp. la loi pour les anciennes Indes néerlandaises dont l'art. 1er suspend les effets de l'art. 51 du code pénal néerlandais pour les anciennes Indes orientales, lequel prévoyait l'impunité du subordonné pour les crimes commis en exécution d'un ordre officiel émanant d'une autorité compétente (Law Reports, Vol. XI, p. 99) ; voir aussi la loi chinoise du 24.10.46, art. VIII (Law Reports, Vol. XIV, p. 157).

II.- LE DROIT INTERNATIONAL

1.- Le Statut et le jugement du Tribunal Militaire international.-

Le mouvement d'opinion qui a entraîné la modification simultanée des Règlements militaires britannique et américain et l'adoption par toutes les lois relatives aux crimes de guerre du principe de la responsabilité du subordonné a également trouvé son expression dans le domaine du droit international.

Car, si la Commission des Responsabilités de 1919 avait recommandé de ne pas laisser échapper les subordonnés à la responsabilité qu'ils encourent pour les ordres qui leur sont donnés et de confier aux tribunaux le soin d'apprécier dans quelle mesure ces exécutants pourraient être ou non justifiés, ni le Traité de Versailles, ni la Convention de Washington de 1922 relative à la guerre sous-marine n'avaient apporté de solution positive à ce problème qui demeurerait pratiquement ouvert au début de la guerre de 1939-1945 (1).

Cependant, les divergences de doctrine entre les représentants des Etats continentaux et ceux des Puissances anglo-saxonnes étaient si minimes, et la nécessité d'organiser une répression si pressante, que l'accord s'est très promptement fait dans les diverses assemblées qui ont précédé l'élaboration du Statut du Tribunal militaire international. C'est ainsi qu'en 1943, l'Assemblée internationale de Londres (London International Assembly), créée en 1941 sous les auspices de l'Union pour la Société des Nations, adoptait une recommandation relevant : "a) que l'ordre donné par un supérieur à son subordonné de commettre un acte violent le droit international ne pouvait constituer un fait justificatif, mais que les tribunaux avaient, le cas échéant, le pouvoir de tenir compte de "l'état de contrainte" dans lequel l'accusé pouvait se trouver placé au moment de l'exécution de l'ordre reçu et de l'acquitter ou d'atténuer la peine en conséquence". "b) qu'une telle cause de justification ou d'atténuation de la peine ne devait jamais être appliquée dans les deux hypothèses suivantes :

- lorsque l'acte était si manifestement odieux qu'aucun être humain normal n'aurait pu le commettre sans avoir la conscience révoltée ;
- lorsque l'accusé faisait partie, au moment des faits, d'une organisation telle que le fait d'y appartenir impliquait pour ses membres l'exécution d'ordres criminels"(2).

1) Cf. ci-dessus , p. 216 ;

2) History of the United Nations War Crimes Commission, op.cit.p. 101 et 275; Glaser, op.cit.p.302 et s.; voir aussi les travaux de la Commission intern. pour la réforme et le développement du droit pénal dans Lauterpacht, op.cit. (Brit. Yearbook for International Law, 1944, p. 58).

La Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre créée à Londres le 20 octobre 1943 est allée plus loin en rejetant le fait justificatif en tant que principe, car "seules les circonstances du cas concret ... peuvent justifier l'exonération de la peine ou bien son atténuation". Il semble, cependant, que la Commission n'ait pas voulu imposer une règle uniforme quant à la mesure de cette atténuation. Selon Glaser, cette attitude était dûe au fait que la plupart des Etats représentés au sein de la Commission possédaient déjà des règles sur ce point, que ces règles étaient parfois divergentes - tout au moins en ce qui regardait le droit positif - et enfin, qu'il paraissait plus expédient d'abandonner aux juges du fond le soin de tenir compte de la grande variété des situations en leur laissant le pouvoir d'individualiser la peine à leur gré (1).

Le principe fondamental du rejet du fait justificatif et de la faculté d'admettre l'ordre supérieur à titre de circonstance atténuante de la peine qui faisait l'objet de la proposition de la Commission des Nations Unies a été admis sans modification dans le Statut du Tribunal Militaire International annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945. En effet, l'art. 8 prévoyait :

" Le fait que l'accusé a agi conformément aux instructions de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige" (2).

C'est la première fois, pratiquement, que la responsabilité des subordonnés pour l'exécution d'ordres contraires au droit se trouve régie par un texte conventionnel, unilatéral, il est vrai, mais dont on ne saurait faire abstraction dans l'évolution du droit de la guerre. Cette disposition figure d'ailleurs dans de nombreuses lois nationales. La plupart des Règlements américains, la Loi No 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne, la loi danoise, la loi chinoise en ont repris les termes (3).

Le Tribunal de Nuremberg indique dans son jugement le critère sur lequel l'atténuation de la peine pourra être accordée :

"Les dispositions de cet article sont conformes au droit commun des Etats. L'ordre reçu par un soldat de tuer ou de torturer en violation du droit international de la guerre, n'a jamais été regardé comme justifiant ces actes de violence. Il ne peut s'en prévaloir aux termes du Statut, que pour obtenir une réduction de la peine" (4).

1) Glaser, loc. cit., p. 302 et s. ;

2) Procès, Tome I, p. 13 ;

3) cf. ci-dessus , p. 224 ;

4) Procès, Tome I, p. 235-6.

Les juges n'auront donc à tenir compte de l'ordre supérieur que dans l'hypothèse où il ne visait pas une violation manifeste du droit de la guerre. Le Statut a repris à son compte le système adopté dans la doctrine anglo-saxonne et dont la plupart des législations continentales contiennent également l'expression, avec les nuances qui ont déjà été exposées plus haut. Dans son ensemble, la doctrine a approuvé cette manière de voir (1).

Mais le Tribunal a ajouté :

"Le vrai critérium de la responsabilité pénale, celui qu'on trouve, sous une forme ou sous une autre, dans le droit criminel de la plupart des pays, n'est nullement en rapport avec l'ordre reçu. Il réside dans la liberté morale, dans la faculté de choisir, chez l'auteur de l'acte reproché" (2).

Le Tribunal donne de cette manière à l'interprétation de l'art. 8 un sens qui éclaire plus nettement l'usage que les juges entendent faire de la faculté d'atténuer la peine. Le critère de l'illégalité manifeste - cause d'exclusion de toute atténuation - est heureusement complété par celui de la liberté de choisir, c'est-à-dire essentiellement par l'appréciation de l'influence sur chacun des inculpés, de la contrainte subie. Les juges de Nuremberg ont ainsi marqué leur intention d'éviter les condamnations automatiques, non seulement en individualisant la peine suivant le caractère plus ou moins manifeste de la violation du droit international, mais surtout en ouvrant la voie à une cause de non-imputabilité, élément d'exonération de la responsabilité pénale différente du fait justificatif, auquel elle apporte un complément et un correctif. Le problème est déplacé du terrain objectif de l'ordre supérieur sur le terrain subjectif de la contrainte.

2.- Les travaux préparatoires des Conventions de Genève de 1949.-

Le problème des sanctions pénales, qui avait déjà fait l'objet d'une disposition spéciale dans la Convention de Genève du 27 juillet 1929 sur l'amélioration du sort des bles-

-
- 1) voir p. ex. Glaser, loc. cit. p. 302 ; Bauer "Die Kriegsverbrecher vor Gericht", p. 153-156 ; Guggenheim, Traité, II, (1954), p. 47-48 ; Wright History of the U.N. War Crimes Commission", p.11, Lauterpacht, op. cit. Brit. Yearbook for International Law, 1944, p. 69 ;
 - 2) Procès... Tome I, p. 236.

sés et malades dans les armées en campagne (1), devait être nécessairement examiné une nouvelle fois à l'occasion de la révision des Conventions humanitaires, entreprise dès la fin de la guerre de 1939-1945.

La Conférence des experts gouvernementaux réunie à Genève en avril 1947 avait déjà recommandé au Comité International de la Croix-Rouge de poursuivre les études qu'il avait entreprises dans ce domaine, et un projet d'article imposant aux Etats contractants l'obligation de rechercher et de punir, ou d'extrader, les personnes prévenues d'actes contraires à la Convention, était présenté à la XVIIème Conférence internationale de la Croix-Rouge réunie à Stockholm en 1948.

Ce premier projet ne contenait aucune disposition touchant au problème de l'ordre supérieur. Invité par la Conférence de Stockholm à poursuivre ses études, le Comité International estima nécessaire de recourir à l'aide d'experts. C'est ainsi que, sous la présidence de M. Max Huber, ancien juge à la Cour permanente de justice internationale de La Haye, le prof. Lauterpacht, de l'Université de Cambridge, le Colonel Phillimore, avocat, ancien membre de l'Accusation britannique au tribunal de Nuremberg, le Capitaine Mouton, Juge à la Cour de cassation des Pays-Bas et M. Jean Graven, professeur à l'Université de Genève et juge à la

Cour de cassation de Genève ont mis sur pied un projet de quatre articles qui devaient être insérés dans chacune des Conventions à réviser ou à créer (2). Le troisième était ainsi conçu : "Le fait, pour l'inculpé, d'avoir agi sur l'ordre d'un supérieur ou en exécution d'une prescription officielle, ne constitue pas une excuse légale si l'accusation établit que, d'après les circonstances, l'inculpé pouvait raisonnablement se rendre compte qu'il participait à une violation de la présente Convention. Toutefois, si les circonstances le justifient, la peine pourra être atténuée ou exclue à son égard. L'auteur de l'ordre coupable en reste pleinement coupable, même s'il a agi dans l'exercice d'une fonction d'Etat" (3).

Le texte proposé s'est rangé à la solution adoptée par les lois française, danoise et norvégienne qui autorisent, non seulement l'atténuation, mais aussi l'exemption de la peine.

Il est significatif de relever l'importance donnée par les experts à la question du fardeau de la preuve. Peut-être

- 1) art. 29 (Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1929, p. 332-336) ;
- 2) Remarques et propositions du Comité International de la Croix-Rouge aux gouvernements invités à la Conférence diplomatique de 1949, Genève, 1949, p. 6 ;
- 3) art. 40 bis, C. Pilloud, Les Sanctions pénales dans la première Convention de Genève (blessés et malades) du 12 août 1949 (RICR, avril 1952); Pictet, Commentaire I, art. 49 et suiv., p.394.

la précision était-elle superflue, la conscience du caractère illicite de l'acte faisant nécessairement partie de l'élément intentionnel du crime dont la preuve est évidemment à la charge de l'Accusation. Mais les experts ont probablement voulu éviter au moyen d'une disposition expresse que les législations nationales ne puissent imposer aux prévenus l'obligation de faire la preuve de leur innocence, comme l'avait fait la loi française du 15 septembre 1948 (1).

La proposition faite sur ce point n'a pas été retenue par la Conférence diplomatique de 1949 qui s'est, en définitive, ralliée après quelques retouches à un amendement présenté en commun par dix délégations et, principalement, par le représentant des Pays-Bas qui avait fait sien le texte élaboré par le C.I.C.-R.

Il est difficile de dire si la Conférence a estimé inutile d'entrer dans le détail de la répression des violations du droit de la guerre, ou si le principe de la responsabilité du subordonné pour l'exécution d'ordres criminels lui a paru suffisamment reconnu pour qu'on puisse se dispenser d'en apporter la confirmation dans un traité international de caractère humanitaire. Quoi qu'il en soit, le premier des articles concernant les sanctions pénales qui figurent dans les quatre Conventions (art. 49/50/129/146) prévoit que : "Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis ou donné l'ordre de commettre l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant ... (al. 1)". On peut admettre que cette rédaction implique la responsabilité conjointe de l'auteur de l'acte et de celui qui l'a ordonné, ce qui permettra de les poursuivre comme co-auteurs (2).

Si les législations nationales auxquelles renvoie implicitement le texte conventionnel contiennent d'apparentes contradictions comme c'est le cas pour l'art. 3 de l'Ordonnance française du 28 août 1944 et l'art. 327 du code pénal français, les règles d'interprétation généralement admises permettent théoriquement d'assurer une application uniforme du principe de la responsabilité pour les ordres contraires au droit. En pratique, il s'en faut évidemment de beaucoup qu'ennemis et nationaux soient traités sur le même pied. Aussi, une harmonisation des dispositions nouvelles introduites dans le droit français en 1944 et des règles générales du code pénal paraît-elle, malgré tout, souhaitable.

1) Remarques et propositions, op. cit., p. 22 ;
2) Pilloud, loc. cit., p. 16.

3.- La Commission de droit international des Nations Unies.-

La formulation des principes de droit international reconnus dans le statut et le jugement du Tribunal Militaire international de Nuremberg qui a été entreprise au lendemain du jugement des 30 septembre et 1er octobre 1946 n'a pas manqué d'apporter une confirmation du point de vue adopté à propos de la responsabilité des exécutants d'ordres contraires au droit.

Dans sa résolution 94 (I) du 11 décembre 1946, l'Assemblée générale avait d'abord créé une Commission pour le développement progressif du droit international et sa codification. Dans sa résolution 95 (I), de la même date, elle avait invité la Commission "à considérer comme une question d'importance capitale les projets visant à formuler, dans le cadre d'une codification générale des crimes commis contre la paix et la sécurité de l'humanité ou dans le cadre d'un code de droit criminel international, les principes reconnus dans le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal" (1).

La Commission du droit international a commencé par reprendre sans y apporter pratiquement de modification le texte de l'art. 8 du Statut annexé à l'Accord de Londres. En effet, dans le rapport présenté à ce propos par M. J. Spiropoulos, le 4ème principe est ainsi formulé en 1950 :

"Le fait pour quelqu'un d'avoir agi sur ordre de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité en droit international. On pourra, toutefois, tenir compte de ce fait pour réduire sa peine, si la justice l'exige" (2).

Les discussions qui ont eu lieu au sein de la Commission sur la base de ce projet révèlent au contraire parmi ses membres le souci de tenir compte, dans la rédaction définitive, de l'élément de la liberté de choix moral que le Tribunal de Nuremberg avait déjà retenue comme critère d'appréciation dans son jugement. Est-il possible d'admettre, déclarait le Prof. Yepes, qu'un fonctionnaire a la faculté de se soustraire à l'ordre qu'il reçoit ? Selon lui, personne ne devrait être tenu responsable, lorsqu'il ne pouvait faire autrement que d'obéir, car la condition même de la responsabilité réside dans la possibilité morale de se déterminer librement. Citant le cas du massacre d'Oradour où des femmes et des enfants ont péri dans l'église que les SS avaient fait sauter, le président de la Commission, le Prof. Scelle a posé la question de savoir dans quelle mesure les soldats et les sous-officiers étaient coupables de ce crime odieux. Après avoir observé, pour sa part, que le principe suivant lequel

1) "Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg" mémorandum du secrétaire général, Lake Success, 1949 (A/CN. 4/5, p. 16 et 17) ;

2) Commission du Droit International (A/CN. 4/22 du 12.4.50).

l'ordre supérieur ne devait pas être en soi une cause d'exonération de la responsabilité, lui paraissait juridiquement satisfaisant, surtout lorsqu'il était accompagné d'une possibilité d'atténuation de la peine, le Prof. Alfaro a relevé que, même dans un Etat totalitaire, il était possible de refuser d'exécuter un ordre criminel. Le geste du Général Rommel qui a refusé de donner suite à l'ordre de mettre à mort les membres des commandos faits prisonniers, même s'ils portaient un uniforme, en fournit la preuve.

C'est alors que le Prof. Brierly devait proposer une modification du projet initial en excluant la justification d'un crime par l'ordre supérieur, à condition que l'inculpé ait eu la faculté morale de choisir. Ce à quoi le Prof. Spiropoulos avait objecté que le Statut du Tribunal de Nuremberg avait clairement exclu le recours à l'ordre supérieur comme cause de justification. Mais le Dr Faris-el-Khoury faisait observer que le Tribunal n'avait eu à juger qu'un petit nombre de personnes, parmi des milliers qui avaient commis des atrocités. Il était donc tacitement admis qu'une place importante avait été accordée à la notion de la liberté du choix moral.

Par 9 voix contre 3, la Commission devait adopter le point de vue défendu par le Prof. Brierly en sorte que le principe IV s'est trouvé modifié de la manière suivante :

"Le fait qu'une personne accusée d'un des crimes définis dans le présent code a agi sur l'ordre de son gouvernement ou de son supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité en droit international, si elle a eu moralement la faculté de choisir. On pourra toutefois tenir compte de ce fait pour réduire sa peine, si la justice l'exige" (1).

Ainsi que le relève M. Pilloud, les conclusions de la Commission du droit international se rapprochent sensiblement du texte qui avait été adopté par le Comité des 4 experts réunis par le Comité International de la Croix-Rouge en 1948. La Commission du Droit international a seulement remplacé la notion de la conscience du caractère illicite de l'acte qui avait été retenue par ces experts, par celle, plus vaste il est vrai, de la liberté de choix qui couvre ainsi "non seulement les cas où l'inculpé a commis une erreur de droit, mais aussi ceux dans lesquels il a agi sous une contrainte morale ou physique" (2).

- 1) Bulletin des Nations Unies - août 1950 ; v. aussi 2ème rapport sur un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par J. Spiropoulos, Commission du droit international, 3ème session. Docum. des Nations Unies, A/CN. 4/44 du 12.4.51, comp. "Landsberg", par R. Aschenauer, Munich, 1951, p. 18 et s. ;
- 2) Pilloud, op. cit., p. 16.

Les plus récents débats de la Commission du droit international semblent, en revanche, avoir donné une portée beaucoup plus restrictive à l'art. 4. Par souci de précision, la délégation de l'Egypte a proposé, en effet, de remplacer la réserve générale de la faculté morale de choisir, jugée trop vague, par la formule suivante :

"... ne dégage sa responsabilité en droit international que si elle avait la possibilité, dans les circonstances existantes, de ne pas se conformer à l'ordre". Les Pays-Bas ont proposé de leur côté d'insérer après les mots "responsabilité en droit international", les mots "si elle pouvait avoir connaissance du caractère criminel de l'acte". Mais en vain. Par conséquent, en faisant sienne la suggestion de l'Egypte, le rapporteur paraît avoir délibérément écarté l'hypothèse de l'erreur de droit pour ne retenir que celle de la contrainte. On assiste là à un fâcheux retour à la formule du Statut de Londres (1).

4.- Le traité de la Communauté européenne de défense (C.E.D.).-

Il est intéressant de voir que le traité pour la création d'une armée européenne, rejeté par le Parlement français, contenait des dispositions concernant la violation éventuelle du droit des gens par les forces armées de la communauté ou leurs membres (art. 81). L'art. 18 du Protocole Militaire annexé au traité précise :

"Le subordonné :

- doit obéir à ses supérieurs pour le bien du service, dans les limites de l'observation de la loi, des coutumes de la guerre et des règlements militaires ;
- peut réclamer, selon les règles établies dans le Règlement de Discipline Générale et sous réserve des dispositions du code de Justice militaire, contre toute mesure irrégulière ou contre une punition qu'il estimerait injustifiée.

..."

Le principe du devoir d'obéissance limité aux seuls ordres légaux est encore confirmé dans l'énumération des règles générales qui auraient dû régir la répression des infractions pénales commises par les membres des forces européennes de défense :

"5. La loi devra préciser les cas dans lesquels l'auteur matériel d'une infraction n'est pas punissable ; il en sera ainsi, notamment :

- a) si, au moment des faits, il était totalement privé de sa connaissance ou de sa volonté. La loi pourra toutefois exclure du bénéfice de ce principe celui qui se serait mis volontairement dans cet état ;

1) 3ème rapport par J. Spiropoulos, 6ème session, Docum. des Nations Unies, A/CN. 4/85 du 30.4.54.

- b) s'il était placé dans la nécessité d'agir ou de s'abstenir à la suite d'une contrainte physique ou morale irrésistible pour lui ;
- c) s'il avait reçu d'une autorité qualifiée un ordre légitime ;
- d) s'il avait agi en état de légitime défense" (1).

L'ordre reçu n'a donc d'effet justificatif qu'à la double condition d'être "légitime" et d'émaner d'une autorité qualifiée. On a probablement recouru à l'expression de "légitime" afin de couvrir, non seulement la légalité interne, mais surtout la conformité avec les obligations de droit international.

L'importance donnée aux causes d'irresponsabilité tirées de la contrainte et de l'état de nécessité indique bien que le traité d'armée européenne et les documents annexes font suite à la doctrine définie par le Tribunal Militaire International dans son jugement et reprise par la quasi-totalité de la doctrine et la plupart des actes internationaux intervenus depuis lors. (2).

5.- Le projet de révision du Manuel britannique du droit de la guerre et la sanction des crimes de guerre commis en Corée.-

Les principes dégagés par le Tribunal Militaire de Nuremberg et dont la Commission du droit international des Nations Unies avait reçu mandat d'entreprendre la codification ne paraissent toutefois pas avoir réuni une complète unanimité, même dans la doctrine des Puissances signataires de l'Accord de Londres du 8 août 1945.

En effet, l'annonce de la révision du Manuel britannique du droit de la guerre, d'une part, et les réserves faites par le gouvernement de Pékin dans sa déclaration d'adhésion aux Conventions de Genève de 1949 en ce qui regarde les prisonniers de guerre condamnés pour crimes de guerre, d'autre part, ont révélé de significatives divergences de vues parmi les auteurs anglais, notamment en ce qui regarde le problème de l'ordre supérieur.

Les uns tiennent l'amendement introduit en 1944 dans le Manuel pour une erreur ; les autres estiment, au contraire, que le gouvernement britannique n'a fait que se conformer au droit existant et qu'un retour à la solution de 1940 serait également inconciliable avec les règles dégagées par le Tribunal de Nuremberg.

Lord Edmonds, qui avait été l'auteur du texte original du Manuel de 1912 avec le Prof. Oppenheim, soutient, ainsi que Lord Cork, la thèse qui avait été maintenue jusqu'en 1944

-
- 1) Protocole relatif au droit pénal militaire ;
 - 2) voir ci-dessus, p. 229.

et suivant laquelle l'obéissance aux ordres, même contraires aux règles de la guerre, est une cause de justification pour les subordonnés qui les exécutent. Ce sont des considérations d'ordre politique et non juridique ou militaire - ajoute en substance Lord Hankey - qui ont motivé le changement apporté en 1944 à une règle qui avait donné jusque là pleine satisfaction. En effet, il s'agissait avant tout d'éviter qu'en invoquant l'ordre supérieur, la quasi-totalité des inculpés n'échappent aux poursuites pour crimes de guerre. Pourtant, le principe de l'impunité avait été approuvé par des juristes éminents comme Sir Ronald Roburgh et Sir Ronald MacNair et on le retrouve encore dans la 5ème édition du Traité du Prof. Oppenheim de 1935, préparée par le Prof. Lauterpacht. Selon Lord Hankey, la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, qui était composée en majorité de représentants de gouvernements émigrés qui ne songeaient qu'à la répression des crimes de guerre, n'était pas compétente pour se prononcer sur le problème de l'ordre supérieur. A l'entendre, l'amendement de 1944 devrait donc être supprimé en vue de revenir à la règle originale ou à une règle qui s'en inspire.

Lord Wright s'élève, en revanche, contre cette théorie du retour en arrière. L'obéissance aux ordres reçus n'est pas, en soi, une cause de justification. Citant le Prof. Dicey, l'ancien président de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre rappelle que "lorsqu'un militaire est jugé pour crime, l'obéissance à des ordres supérieurs ne constitue pas une excuse". Le Reichsgericht lui-même s'était rangé à cette manière de voir en statuant dans l'affaire du navire-hôpital britannique "The Llandovery Castle" en 1921 (1). De son côté, le Prof. Goodhart relève que la règle figurant dans le Manuel jusqu'en 1944 ne correspondait nullement à la loi. Comme le montre Lord Dowitt, auquel il se réfère, le Manuel n'a d'ailleurs jamais eu force de loi et selon Simon, rares sont les auteurs qui ont approuvé la disposition amendée en 1944 (2).

La thèse soutenue par Lord Edmonds et Lord Hankey paraît s'inspirer davantage de considérations d'opportunité que d'arguments d'ordre juridique. Si l'on s'en tenait exclusivement au domaine du droit, il est probable que la théorie de l'impunité des subordonnés pour les ordres illégaux se heurterait à la très grande majorité de la doctrine. L'orientation donnée par la jurisprudence des Tribunaux nationaux et internationaux n'est d'ailleurs pas nouvelle et on a déjà vu que la presque totalité des systèmes juridiques internes ont admis, d'une manière ou d'une autre, la théorie suivant laquelle l'ordre supérieur n'est pas en lui-même une cause de justification.

1) Voir ci-dessus, p. 17 ;

2) "Times" des 17 et 31 juillet, 5, 8 et 15 août 1952.

Paragr. 4.- L'erreur de droit.

I.- LE REGIME DE L'ERREUR DE DROIT EN DROIT INTERNE

1.- Le problème.-

Ainsi qu'on l'a déjà relevé (1), le critère de la liberté morale ou de la faculté de choisir, tel que le jugement de Nuremberg l'a défini, recouvre deux notions qui figurent dans le droit de la plupart des pays : l'erreur de droit et la contrainte. La logique commande de les distinguer, car si l'auteur ne savait pas, ou ne pouvait pas savoir, que l'ordre reçu était criminel, il ne saurait se prévaloir d'une prétendue contrainte (2). Il a agi librement, quoique avec une appréciation erronée de la régularité de l'ordre. Seule la conscience qu'il avait du caractère illicite de son acte s'est trouvée altérée et non sa volonté, qui est demeurée intacte.

Mais si l'erreur de droit influe avant tout sur l'intention criminelle comme telle, les circonstances qui la font naître sont cependant liées le plus souvent à l'ordre hiérarchique et aux conditions dans lesquelles il est donné. La question est donc de savoir si le subordonné qui exécute un ordre peut invoquer pour se justifier l'erreur dans laquelle il se trouvait quant à la conformité de cet ordre avec le droit international. Dans l'affirmative, cette erreur sera-t-elle de nature à l'exonérer de toute responsabilité, ou seulement à diminuer ou à exclure la peine ?

On laissera ici de côté le problème parfois voisin de l'erreur de fait qui s'est posé à diverses reprises et dont la solution a généralement eu pour conséquence d'exonérer l'inculpé de toute responsabilité (3).

2.- La nature de la connaissance de l'illicéité.-

Tout le système répressif des crimes de guerre est fondé, comme on vient de le voir au paragraphe précédent, sur le principe de l'illégalité manifeste de l'ordre hiérarchique (4). Le subordonné demeure pleinement responsable de l'exécution des ordres qui sont manifestement contraires au droit. Le fait qu'il

1) Cf. ci-dessus ; p. 235 ;

2) Garçon, Code pénal annoté, art. 64, No 160 ;

3) Law Reports, Vol. XV, p. 184 ; Vol. VIII, p. 58 ; comp. Tribunal militaire de Paris, 19.9.47 ; Général Junck ;

4) Cf. ci-dessus, p. 220.

ait reçu un ordre ne constitue pas en soi un élément de justification. Les lois relatives aux crimes de guerre autorisent, en revanche, les tribunaux à tenir compte de l'ordre supérieur en vue d'une atténuation ou d'une exemption de la peine.

La nature de la connaissance du caractère illicite de l'ordre génératrice de l'intention criminelle ne semble cependant pas être la même dans tous les pays.

La doctrine allemande exige une connaissance positive du caractère illégal de l'acte pour que l'intention criminelle existe. Le paragr. 47 du Code pénal militaire allemand de 1940 ne retient la responsabilité du subordonné que dans l'hypothèse où il savait positivement que l'ordre donné visait la commission d'un crime (1).

Dans les autres droits, et en particulier, dans les droits français et britannique, il suffit que l'auteur de l'acte ait dû connaître le caractère illicite de l'ordre qui lui était donné.

3.- Les effets de l'erreur de droit.-

Cette différence est l'expression de deux conceptions opposées en ce qui a trait à l'influence de l'erreur de droit sur la responsabilité pénale.

Selon la doctrine la plus ancienne et la plus généralement répandue, l'erreur de droit est irrelevante - "error juris nocet" -, car nul n'est censé ignorer la loi. Il existe donc une présomption de connaissance de la loi qui ne souffre que de

-
- 1) Würtemberger, Der Irrtum über die Völkerrechtmässigkeit des höheren Befehls im Strafrecht (MDR, 1948, p. 271) ; v. aussi J. Cauvière, Discipline militaire et obéissance passive, Paris, 1907 ; van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf den Befehl begangene Handlungen, 1891 ; M.E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, 1908, Battenberg, Das auf Befehl begangene Verbrechen, 1916 ; Ammon, Der bindende rechtswidrige Befehl, 1926 ; comp. Eberle, Der militärische Befehl als Schuld ausschliessungsgrund im schweizerischen Militärstrafrecht, 1930 ; Hofmann, Der rechtswidrige, insbesondere der verbindliche rechtswidrige Befehl, 1938, Bern ; H. Janssen, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Soldaten für auf den Befehl begangene Straftaten in rechtsvergleichender Betrachtung, 1939 ; Ernst, Das Handeln auf Befehl im Militärstrafrecht, Thèse, Zurich, 1923 ; Finch, Superior Orders and war crimes (AJIL, 1921, Vol. 15, p. 440-445).

rares exceptions, par exemple, en France, pour les infractions commises dans un certain délai après la promulgation des lois nouvelles (1). S'il a été proposé de faire montre d'une certaine mansuétude à l'égard des étrangers qui se rendraient coupables de simples contraventions à des lois qui ne leur sont pas, par définition, familières, les Tribunaux ne paraissent pas avoir voulu s'engager dans cette voie. La Cour de cassation française a d'ailleurs confirmé sur ce point l'opinion dominante de la doctrine en jugeant qu' "une erreur de droit ne fait pas disparaître la culpabilité d'un acte volontairement accompli", car "nul n'est censé ignorer la loi ... et cela aussi excusable qu'ait été l'erreur de droit, aurait-elle été partagée par des juges" (2).

Il en va de même en droit britannique (3).

En revanche, une partie de la doctrine, suivant la thèse soutenue par Binding (4), admet que l'erreur de droit exclut en tous cas la culpabilité intentionnelle et peut même exclure la culpabilité par négligence. Selon ces auteurs, l'adage "error juris nocet est en contradiction avec le principe selon lequel il ne doit pas y avoir de peine, là où il n'y a pas de culpabilité" (5).

L'art. 23 du Code pénal colombien paraît s'être rangé à cette seconde conception : "la responsabilité pénale est exclue au cas d'ignorance indéniable ou d'erreur essentielle de fait ou de droit non imputable à la négligence de l'agent" (6).

Le Code pénal suisse a adopté une position intermédiaire. L'art. 20 autorise la libre atténuation de la peine (art. 66), voire même l'exemption de toute peine "à l'égard de celui qui a commis un crime ou un délit alors qu'il avait des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir".

Dans les deux cas, l'erreur doit être excusable. Elle ne compte pas si le délinquant avait pu l'éviter en usant des précautions dont il avait le devoir d'user (7). Mais si l'erreur conduit à l'irresponsabilité dans le droit colombien, elle

-
- 1) Donnedieu de Vabres, p. 86, Garraud et Laborde-Lacoste "Exposé méthodique de droit pénal", 4ème éd., 1942, No 172, p. 117 ; Garraud, Traité, II, p. 59 ; Vidal et Magnol, 302 ; Roux, 181 ; Bouzat, Traité, 1951, p. 148-149 ;
 - 2) Crim. 31.10.30 (G.P. 1930, II, 673) v. aussi Crim. 9.4.32 (G.P. 1932, I, 800) ;
 - 3) Law Reports, Vol. V, p. 44 ; comp. Schönke "Strafgesetzbuch-kommentar", 3ème éd., 1947, p. 166 ;
 - 4) "Die Normen", III, 30 ; "Die Schuld im deutschen Strafrecht", 38 et s., 70 et s. ; comp. art. 7 de la Loi du 26.1.37 sur les fonctionnaires, Lummert, op. cit., p. 56 ;
 - 5) Logoz "Commentaire du code pénal suisse", 1939, art. 20 ;
 - 6) Donnedieu de Vabres, Traité, ibid., p. 86, note 1 ;
 - 7) Logoz, op. cit.

peut, tout au plus, entraîner l'absolution dans le droit suisse.

On voit par là l'importance de l'erreur de droit dans le domaine de l'ordre supérieur.

4.- Existe-t-il des critères de la responsabilité du subordonné d'après le droit international ?

Mais comme le remarque Weber, la différence entre la doctrine allemande et les thèses franco-britanniques n'est cependant pas aussi considérable qu'elle le paraît au premier abord. L'une exige, il est vrai, la connaissance proprement dite, alors que les autres se fondent avant tout sur la notoriété du caractère criminel de l'acte ordonné. Mais si le caractère manifestement criminel de cet acte ne fait aucun doute, la divergence entre les doctrines allemande et franco-britannique se réduit à une question de preuve, car "ce qui est manifeste, notoire, c'est ce que chacun - y compris l'auteur - sait et reconnaît" (1).

S'agissant de crimes de guerre, c'est-à-dire pour s'en tenir à la définition française d'infractions au code pénal français "non-justifiées par les lois et coutumes de la guerre", le problème se complique par la nature particulière du droit international invoqué ici à titre d'élément justificatif, ou - comme dans la loi belge - à titre d'élément légal.

Quand pourra-t-on dire que la violation alléguée avait un caractère suffisamment manifeste pour que l'exécutant de l'ordre n'ait pu s'y tromper ? D'après quels critères retiendra-t-on sa responsabilité ?

On a dit que "des militaires, commandés pour procéder, en peloton, à l'exécution d'un commissaire soviétique ou d'un aviateur prisonnier, sont irresponsables" (2). A quoi le militaire, pris isolément ou comme membre d'une unité, reconnaîtra-t-il, par exemple, que l'exécution de civils en territoire occupé constitue un crime aux yeux du droit des gens ? Appréciera-t-on sa responsabilité exclusivement d'après la nature de l'ordre, le caractère plus ou moins massif de l'exécution ordonnée, ou encore, selon son grade, sa position ou son degré d'instruction ?

Dans l'hypothèse où l'acte ordonné ne constitue pas la violation d'une règle universellement admise, quel sort réservera-t-on au subordonné qui a exécuté l'ordre en croyant de bonne foi accomplir un acte licite ? Si son erreur était excusable, l'acquittera-t-on ou le considérera-t-on néanmoins comme coupable, quitte à atténuer la peine - comme le prescrivent la plupart des lois de crimes de guerre - ou même, à l'absoudre, ainsi que l'Ordonnance de 1944 permettait aux juges français de le faire ?

1) Weber, op. cit., p. 15 ;

2) Donnedieu de Vabres, "Le procès de Nuremberg..." op. cit. p. 570.

L'étude des avis de doctrine et des décisions judiciaires qui va suivre ne prétend pas donner à ces questions des réponses de portée générale. Elle cherchera, avant tout, à montrer que si la violation de certaines règles du droit international revêt un caractère suffisamment manifeste pour exclure toute erreur, l'absence de critère objectif satisfaisant pour faire précisément la distinction entre ces principes évidents et ceux qui peuvent prêter à discussion pour une raison ou pour une autre, ainsi que la situation particulière des militaires assujettis à un devoir général d'obéissance commandent de limiter le devoir de vérification de la légalité des ordres reçus beaucoup plus strictement que ne l'ont fait la plupart des juridictions chargées de la répression des crimes de guerre.

II.- LE DEVOIR DE DESOBEISSANCE EN PRESENCE D'UN ORDRE MANIFESTEMENT ILLÉGAL.

1.- La preuve du caractère manifeste de l'illégalité.-

Tout en reconnaissant les nécessités de la discipline, la doctrine admet l'existence d'un devoir de désobéissance dans le cas où l'ordre donné "constitue clairement un crime ou un délit grave", voire même de "protestation contre la violation du droit" (1). C'est la concession faite au système des "baïonnettes intelligentes" par la pratique adoptée dans la grande majorité des droits internes où l'ordre illégal n'est pas une cause de justification, mais permet une atténuation de peine lorsqu'il avait les apparences de la légalité. La question de savoir dans quels cas il y a eu irrégularité apparente est laissée à l'appréciation des Tribunaux (2).

Dans les pays qui sont demeurés comme la France sous le régime absolu de la fiction suivant laquelle nul n'est censé ignorer la loi, l'erreur de droit est inopérante. Aussi, préfère-t-on recourir d'ordinaire à la contrainte morale.

Mais le principe de la primauté du droit international sur le droit interne appliqué aux poursuites pour crimes de guerre a nécessairement introduit un certain assouplissement dans l'interprétation de la maxime "Nemo legem ...". Certaines règles du droit de la guerre notamment demeurent discutées et on ne saurait exiger de chaque soldat une connaissance appro-

1) Garçon, Code pénal annoté, art. 64, No 191, p. 222 ; Duguit, Traité de dr. constitutionnel, 2ème éd., Tome III, par. 72, p. 285 ; v. ci-dessus, p. 208 ;

2) Donnedieu de Vabres, Traité, op. cit., p. 240.

fondie de ces divergences d'opinion. Il est cependant impossible de tenir l'ensemble des lois et coutumes de la guerre pour un droit en formation dont la force obligatoire à l'égard des individus serait par définition sujette à caution, ou même subordonnée à la promulgation de lois d'application internes.

Dans ces conditions, on peut se demander comment les Tribunaux chargés du jugement des crimes de guerre pourront décider si l'irrégularité de l'ordre était ou non manifeste.

Le critère le plus généralement employé est d'ordre subjectif : le caractère criminel de l'ordre était-il ou devait-il être connu de tous ?

Selon la doctrine anglo-saxonne, cette connaissance est celle qui est perceptible aux personnes douées d'une intelligence normale, ou plus simplement, de sens commun. Chacun pouvait-il reconnaître, sans être un spécialiste et sans examen approfondi que l'acte ordonné constituait un crime manifeste ? Dans l'affirmative, l'exécutant ne saurait prétendre au bénéfice d'aucune atténuation de sa peine. La doctrine allemande coïncide d'ailleurs sur ce point avec la thèse britannique : est manifeste, ce que chacun - et par conséquent l'auteur lui-même - sait et reconnaît (1).

Ainsi, le Manuel britannique prévoit-il que les ordres d'un supérieur doivent rencontrer une prompte, immédiate et absolue obéissance "tant qu'ils ne sont pas ouvertement et d'une manière flagrante en opposition avec la loi du pays ou avec les coutumes solidement établies dans l'armée". La doctrine soviétique fait, elle aussi, une exception au principe de la justification du subordonné par les ordres qu'il reçoit. L'exécution d'un ordre de caractère manifestement ("jawno") criminel entraîne la responsabilité du subordonné à titre de co-auteur (2).

On trouve un point de vue analogue dans la jurisprudence américaine : "Un ordre illégal par lui-même et non-justifié par les lois et coutumes de la guerre, ou manifestement et objectivement illégal, en sorte qu'un homme de bon sens et d'intelligence ordinaires en aurait reconnu le caractère illégal aussitôt que l'ordre lui aurait été lu ou donné, ne constituera aucune excuse pour un homicide, à condition que l'acte dont il pourrait lui être fait grief réunisse tous les éléments nécessaires pour constituer un crime" (3).

Le recours au critère du sens commun ou des facultés de perception d'une catégorie moyenne d'individus indique bien qu'ici le devoir de désobéissance n'est, en aucune manière, lié à une obligation de vérification de la légalité de l'ordre

1) Weber, op. cit., p. 15 ; comp. Wurtemberger, loc. cit. p. 271 ;

2) Maurach, op. cit., p. 39 ;

3) Court Martial Orders, 4-1929 ; Law Reports, Vol. I, p. 75.

reçu. Dès qu'un examen, même superficiel, est nécessaire, l'irrégularité cesse d'être apparente. Pour qu'une atténuation de la peine encourue par l'exécutant de l'ordre soit exclue, il faut donc que le caractère criminel de l'acte ordonné apparaisse d'une manière quasi-automatique.

Si l'absence de considérants des jugements français ne permet pas de savoir sur quels éléments les Tribunaux Militaires ont fondé leur conviction dans ce domaine, les décisions rendues par les juridictions alliées montrent que le critère de la connaissance qu'on peut raisonnablement attendre d'un homme de bon sens et d'intelligence moyens a également été employé. Cette ligne de conduite était déjà celle de la Cour suprême allemande de Leipzig dans l'aff. du torpillage du navire-hôpital britannique "The Llandovery Castle", en 1921. Les juges allemands avaient déclaré : "L'exception de l'ordre supérieur ne saurait constituer une excuse si l'acte était manifestement et indiscutablement contraire au droit international, comme, par exemple, le fait de tuer des ennemis désarmés" (1). Cependant, si la doctrine de l'irrégularité apparente est à la base de la plupart des jugements, le caractère flagrant du crime commis ne fait pour ainsi dire jamais l'objet d'une démonstration. :

"En tous cas, avant de se prononcer sur la responsabilité des accusés à ce procès, il est nécessaire de déterminer non seulement si l'ordre en question était en soi criminel, mais aussi si ce caractère était évident. Certains ordres de la Wehrmacht et de l'armée de terre allemande présentaient ce caractère d'évidence, il n'était pas nécessaire d'être juriste pour affirmer leur illégalité. Ils violaient les coutumes de la guerre et les principes d'humanité admis par toutes les nations civilisées et tout chef normalement intelligent devait s'apercevoir qu'ils étaient criminels. Toute participation, tacite ou non, à l'exécution de tels ordres, tout silence complice en face de leur application constitue un acte criminel" (2).

Quoi qu'il en soit, on peut admettre avec Wurtemberger que le critère d'appréciation essentiel réside dans la question de savoir si l'auteur pouvait reconnaître le caractère criminel de l'ordre d'une manière immédiate et sans difficulté. Si un examen plus approfondi était, en revanche, nécessaire, le conflit entre l'obligation d'obéir à l'ordre reçu et le devoir de se comporter conformément au droit et de n'exécuter, par conséquent, que les ordres légaux peut se résoudre par une atténua-

1) Law Reports, Vol. V, p. 15 ;

2) aff. OKW - Traduction française CICR. p. 61 ; comp. Law Reports, Vol. XV, p. 158, note 2 et jurisprudence citée.

tion de la peine (1).

2.- L'influence du droit international sur le caractère manifestement illégal de l'ordre reçu.-

Le recours à cette méthode subjective indique bien l'absence de critère objectif. Lorsqu'on se demande quelles sont ces règles dont chaque soldat doit immédiatement reconnaître le caractère obligatoire, on est généralement fort en peine d'en donner une définition valable dans tous les cas. Les opinions divergent même d'un pays à l'autre sur l'existence de certaines obligations internationales. La doctrine et la jurisprudence recourent le plus souvent à des approximations pour faire objective - ment le départ entre ce qui est légal et ce qui ne l'est pas.

Selon Wurtemberger, le subordonné a le devoir de refuser d'obéir lorsqu'il arrive à la conclusion que la conduite qui lui est commandée "ne correspond pas aux principes de justice et d'humanité, tels qu'ils sont généralement admis dans la communauté des Nations" (2). Pour Glaser "l'incertitude dans le domaine du droit international ... ne devrait jamais servir de bouclier à ceux dont les actes constituent des violations de principes indiscutables du droit des gens" (3). D'après Oppenheim, "... les membres des forces armées ne sont tenus d'obéir qu'aux ordres légaux ... et ils ne peuvent, par conséquent, échapper à leur responsabilité s'ils commettent, par obéissance à un ordre reçu, des actes qui constituent à la fois des violations de règles incontestées du droit de la guerre et des offenses au sentiment général de l'humanité" (4). Le Tribunal de Nuremberg ajoute dans son jugement : "Les ordres supérieurs même donnés à un soldat ne peuvent constituer des circonstances atténuantes, là où des crimes aussi révoltants que nombreux ont été commis sciemment, impitoyablement et sans la moindre justification militaire" (5).

La jurisprudence des Tribunaux nationaux n'est pas plus explicite. Est manifestement criminelle, la violation "d'un principe supérieur d'humanité", Il en va de même d'un ordre "universellement connu comme contraire au droit" ou qui présente "un caractère flagrant d'illégalité" (6), ou encore, qui violait "les coutumes de la guerre et les principes d'humanité admis par tou-

1) Wurtemberger, op. cit., p. 271 ;

2) Ibid. ;

3) Glaser, loc. cit., p. 302 ;

4) - Oppenheim-Lauterpacht "Intern. Law", 7ème éd. 1952, par. 253, p. 569 ;

5) Procès Tome I, p. 309 ;

6) Cass. belge, 2ème ch., 4.7.49 (RDPC VII/1949, p. 986) - v. aussi Cour Milit. belge, 5ème ch., fr., 31.1.49 (RDPC I/1953, p. 329, note 131).

tes les Nations civilisées" (1).

Que faut-il entendre par "connaissance universelle" et quels sont ces "principes d'humanité" ? On doit bien convenir que des termes aussi généraux ne seront pas d'un grand secours pour établir une limite précise entre les obligations de droit international de caractère absolu et celles qui peuvent prêter à discussion.

Les listes d'infractions aux lois et coutumes de la guerre qui ont été dressées, notamment par la Commission des Responsabilités (2) et par plusieurs auteurs (3), fournissent sans doute des points de repère utiles. Il semble, par exemple, évident que le bombardement d'hôpitaux, l'abus du drapeau blanc ou l'usage d'armes prohibées comme les gaz délétères et asphyxiants, sont des crimes de guerre manifestes et que même les soldats d'un Etat qui n'aurait pas signé ni ratifié les Conventions de La Haye ou de Genève ne pourraient prétendre avec succès avoir le droit d'achever les blessés et de tuer les prisonniers de guerre, car les règles protégeant les blessés, malades et prisonniers font certainement partie de cette catégorie de principes indiscutables du droit de la guerre. Leur existence et leur force obligatoire ne peuvent être mises en doute et nul combattant ne saurait de bonne foi se prévaloir de son ignorance à ce sujet.

En revanche, il est impossible de ne pas tenir compte du fait que certaines règles sont désuètes, que d'autres, qui relèvent du droit coutumier, prêtent parfois à discussion, et, qu'en dehors du droit de la guerre proprement dit, "un acte, qui serait sans cela qualifié de crime de guerre, peut avoir été exécuté par obéissance à des ordres considérés comme des mesures de représailles" (4) ou d'une manière plus générale comme justifié par les nécessités militaires.

Dans de telles circonstances, les poursuites pour crimes de guerre demeurent-elles opportunes et, dans l'affirmative, quelle influence convient-il d'accorder à l'erreur de droit commise par le subordonné qui s'est rendu coupable d'une violation non manifeste du droit de la guerre ?

-
- 1) Law Reports, Vol. XII, p. 82 - comp. Weber, op. cit., p. 16 ;
 - 2) Clunet, 1919, p. 524 ;
 - 3) Oppenheim's International Law, 6ème éd., 1940, Vol. II, p. 451 ; Pella "La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir", Bucarest, 1929, p. 273 ;
 - 4) Oppenheim-Lauterpacht "International Law", 7ème éd., 1952, Tome II, par. 253, p. 568-9.

III.- LE DEVOIR DE VERIFIER LA LEGALITE DES ORDRES RECUS

Mis à part les actes qui sont clairement des crimes, l'obéissance est, en principe, indivisible. Les subordonnés ont pour devoir général de se conformer exactement aux ordres reçus. Toute velléité de discussion est très généralement considérée comme un ferment de révolte et, à tout le moins, comme un refus d'obéissance assorti dans les codes de justice militaire de tous les pays, de peines sévères pouvant aller jusqu'à la peine capitale. Là où l'évidence du caractère illicite de l'acte ordonné ne s'impose pas d'une manière immédiate, le devoir d'obéissance doit, par conséquent, l'emporter.

Il suit de là qu'à l'inverse des civils, supposés en mesure de discuter les ordres, les militaires n'ont nullement le devoir de vérifier la légalité de ceux qu'ils reçoivent. Ils n'en ont le plus souvent pas les moyens. On ne saurait attendre de leur part qu'ils procèdent à un tel examen, puisque tous les ordres qui ne sont pas manifestement criminels doivent être obéis (1).

Ce principe, qui est à la base de la plupart des systèmes de droit internes, se trouve encore renforcé dans le domaine particulier des crimes de guerre.

L'état de guerre, la présence de l'ennemi, le renforcement de la discipline augmentent encore la force du lien hiérarchique, tandis que le droit international, fréquemment coutumier, parfois incertain ou battu en brèche par la notion des représailles ou celle des nécessités militaires, ne permet pas toujours de savoir aisément de quel côté se trouve la légalité.

Est-ce à dire qu'une vérification est toujours et, par définition, exclue ?

Le grade et la position de l'inculpé doivent permettre d'opérer une distinction fondamentale. Il est clair qu'un général d'armée et un officier subalterne ne disposent pas des mêmes possibilités d'investigation. Il est donc juste de tenir compte des conditions dans lesquelles s'exercent leurs commandements respectifs pour apprécier les connaissances dont ils peuvent disposer quant à leurs obligations au regard du droit international et les précautions qu'ils ont prises en vue de se renseigner à cet effet. On peut donc conclure à première vue que le devoir de s'assurer de la conformité des ordres avec le droit international sera fonction de l'étendue des pouvoirs dont l'inculpé disposait.

C'est dans ce sens que la plupart des décisions judiciaires qui vont être citées ont été rendues.

1) Oppenheim-Lauterpacht "International Law", 7ème éd., 1952, par. 253, p. 569.

1.- La présomption de légalité des ordres reçus.-

Pour reprendre l'exemple cité par le juge Jackson, un soldat faisant partie d'un peloton d'exécution ne peut être rendu responsable de la validité de la sentence qu'il est chargé d'exécuter (1). Son rôle est d'obéir, non de contrôler. Si l'ordre d'exécution émanait d'un chef militaire compétent pour le donner, cette apparence de légalité devait suffire à le justifier (2).

Lorsque l'illégalité de l'ordre n'était pas manifeste "l'agent est dispensé de l'examen de la légalité intrinsèque". M. Hammes fonde cette opinion sur le principe du droit civil suivant lequel "Provision est due au titre" (3). De même, selon Oppenheim-Lauterpacht : "Lorsqu'un Tribunal est saisi d'une exception tirée de l'ordre supérieur en vue de justifier un crime de guerre, il doit tenir compte du fait... (qu'un membre des forces armées) ne peut, en temps de guerre, être tenu de vérifier scrupuleusement la légalité de l'ordre reçu" (4). Glaser admet également que l'auteur d'un crime de guerre exécuté sur ordre puisse ignorer le caractère criminel de l'ordre reçu, ou croire que l'ordre illégal est couvert par des représailles : "Il peut se faire que l'auteur soit de bonne foi" (5).

Il existe donc nécessairement une certaine présomption de légalité, le subordonné étant généralement en droit de tenir les ordres qui lui sont donnés par la voie hiérarchique pour conformes à la loi. La jurisprudence a confirmé cette manière de voir :

Ainsi, le Tribunal Militaire américain de Nuremberg a jugé dans l'affaire Leeb (OKW) :

"... ce n'est évidemment pas le rôle d'un soldat de porter un jugement sur la valeur et la légalité des ordres de ses supérieurs. Dans une certaine mesure, il a le droit d'admettre, en principe, que les ordres donnés par ses supérieurs sont en conformité avec le droit international" (6).

Tant que ces ordres ne sont pas en opposition flagrante avec les principes les plus élémentaires du droit et de

-
- 1) Jackson Rapport au Président Truman ; comp. M. de Juglart, Répertoire, op. cit., p. 244 ;
 - 2) Comp. Donnedieu de Vabres "Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international", Recueil des Cours de l'Académie de droit international, Sirey, 1947, Tome I, p. 570 ;
 - 3) Hammes, op. cit. (RDPC, déc. 1946) ;
 - 4) Oppenheim-Lauterpacht, International Law, 6ème éd., p. 452-453 ;
 - 5) Glaser, loc. cit. ;
 - 6) Law Reports, Vol. XII, p. 73, trad. p. 59.

l'humanité, le soldat doit obéir.

Lorsqu'un certain nombre de circonstances concourent à accréditer l'impression que l'ordre donné est régulier, l'erreur doit être excusable.

Ainsi, la Cour de cassation belge a jugé que le fait d'avoir transmis, conformément aux règlements ennemis et aux ordres reçus, une liste de personnes "justiciables du Conseil de guerre et susceptibles d'encourir la peine capitale, en sachant que les auteurs de ces ordres avaient, en représailles de l'assassinat d'un officier allemand, décidé l'exécution de dix patriotes belges détenus pour détention ou emploi d'explosifs, n'était pas une violation flagrante des lois et coutumes de la guerre. En effet, les personnes désignées pouvaient encourir la peine de mort pour les faits mis à leur charge et le commandant des troupes d'occupation avait le pouvoir de prendre des mesures appropriées en raison de l'assassinat d'un officier allemand. La Cour de cassation belge a estimé que, dans ces conditions, l'accusé "était fondé à invoquer la cause de justification énoncée par l'art. 70 du code pénal et précisée par l'art. 3 de la loi du 20 juin 1947" (1).

L'accusé se trouvait dans une situation analogue à celle du bourreau qui ne peut vérifier la régularité ni le bien-fondé du jugement qu'il est chargé d'exécuter (2). On se trouve ici très près du cas où l'acte est ordonné par un véritable devoir de fonction (3).

Il est intéressant de noter à cet égard que le Tribunal Militaire de Strasbourg a accordé l'exemption de peine au Procureur général allemand Luger qui remplissait les fonctions de Ministère Public devant le Tribunal spécial allemand de Strasbourg pendant l'occupation, lequel avait, sur ses réquisitions, condamné à mort des réfractaires alsaciens qui avaient cherché à s'enfuir en Suisse (aff. du Gauleiter Robert Wagner - aff. de Balmersdorf). La question posée sur ce chef d'accusation au Tribunal français reproduisait très exactement les termes de l'art. 114, al. 2, du code pénal français, relatif à la responsabilité des fonctionnaires publics pour les actes attentatoires aux droits des individus qu'ils pourraient commettre sur ordre. En effet, les juges étaient interrogés sur le point de savoir si Luger "avait agi conformément aux ordres de ses supérieurs, pour des objets du ressort de ceux-ci et sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique". En répondant affirmativement à cette question, les juges

1) Cass. belge, 2ème ch., 4.7.49 (RDFC, juillet 1949, p. 986) ;

2) comp. Weber, op. cit., p. 13 ;

3) comp. art. 32 du Code pénal suisse ;

ont paradoxalement réservé une situation privilégiée à un fonctionnaire civil (1). Dans une autre affaire, il est vrai, le Tribunal Militaire de Paris a prononcé l'acquittement d'un juge d'instruction allemand qui avait fonctionné auprès d'un Tribunal Militaire allemand où les exécutions de civils français ayant commis des actes d'hostilité à l'égard des troupes d'occupation avaient été relativement nombreuses (2).

Il a été admis, en revanche, que la présomption de légalité qui s'attache aux ordres qui ne sont pas manifestement criminels est renversée lorsque l'accusé faisait partie d'une organisation criminelle. Le Conseil de guerre de Bruxelles a estimé pour sa part que l'ordre d'un supérieur hiérarchique ne peut être considéré ni comme une cause de justification, ni comme une circonstance atténuante quand l'accusé appartenait aux Waffen SS, organisation déclarée criminelle par le Tribunal de Nuremberg (3).

Selon le Tribunal belge :

"... l'ordre d'un supérieur hiérarchique au sein d'une association criminelle et particulièrement lorsqu'il tend à la commission de crimes de guerre ou de droit commun, ne peut en aucun cas engendrer un lien comparable à celui de la discipline militaire ; ... il n'atténue en rien la responsabilité pénale de l'accusé, pas plus que dans une association de malfaiteurs l'ordre du chef de bande n'excuse ou n'atténue le crime commis par un membre de celle-ci" (4).

Cette décision n'est justifiable que sous l'angle de l'influence de l'erreur de droit sur la responsabilité des membres d'une organisation déclarée criminelle. On ne saurait admettre, en revanche, que le seul fait de l'appartenance supprime toute possibilité de contrainte à l'égard de l'exécutant.

Quoi qu'il en soit, il est évident que dans la mesure où il avait ou pouvait avoir connaissance des atrocités commises par l'organisation, notamment dans le domaine de la persécution raciale, l'engagé volontaire dans les SS se rendait complice de ces crimes. Mais la qualification d'association de malfaiteurs - délit intentionnel - suppose que la preuve de la spontanéité de l'adhésion et surtout de la conscience des crimes commis par l'organisation soit rapportée au préalable par l'accusa-

- 1) Tribunal Militaire de Strasbourg, 3.5.46 (Law Reports. Vol. III, p. 54) ;
- 2) Tribunal Militaire de Paris, 9.2.51 ; Ring-Sonnenburg (comp. Tribunal Militaire de Toulouse ; Reuter) ;
- 3) Procès, Tome I, p. 269 ;
- 4) Conseil de guerre de Bruxelles, 2ème ch., 30.11.48 (RDPC, 1947-48, p. 303).

tion. L'appartenance ne peut modifier à elle seule la responsabilité de l'exécutant.

Le Tribunal Militaire américain de Nuremberg exprime la même idée que la juridiction belge dans l'aff. des "Einsatzgruppen" :

"Celui qui invoque les ordres supérieurs pour sa défense est tenu d'établir une ignorance excusable de leur illégalité. Le marin qui s'engage volontairement sur un navire pirate ne peut prétendre ensuite avoir ignoré la probabilité de se voir appelé à participer à des actes ayant pour but de piller et de couler d'autres bateaux... Quel SS pouvait affirmer ne pas avoir été au courant de l'attitude de Hitler à l'égard des Juifs ?" (1).

On peut attendre de celui qui s'engage dans une entreprise de cette envergure qu'il ait, par avance, accepté les conséquences de son acte, par un simple raisonnement logique, par une relation de cause à effet.

2.- Primauté du droit international.-

A l'exception des cas où l'inculpé est le membre conscient et volontaire d'une organisation criminelle, l'exécutant d'un ordre a donc le droit de présumer qu'en se conformant aux injonctions de ses chefs hiérarchiques, il agit dans la légalité.

Mais il ne suffit pas que son acte ne viole pas sa loi nationale, il faut encore qu'il ne soit pas contraire au droit international, soit aux lois et coutumes de la guerre. En effet, la plupart des lois en matière de crimes de guerre excluent expressément la justification par les lois, décrets et ordres émanant de l'autorité ennemie, en sorte que l'ordre de la loi interne, pas plus que le commandement de l'autorité, même légitime, n'a d'effet justificatif sur le crime commis. Il ne saurait, d'ailleurs, en être autrement, dès le moment où la définition du crime de guerre fait intervenir le droit international, soit à titre d'élément justificatif, soit à titre d'élément légal.

En France, la doctrine de la primauté du droit international sur le droit interne est inscrite dans la Constitution d'octobre 1946, dont les art. 26 et 28 prévoient que les traités diplomatiques régulièrement ratifiés ont force de loi "dans le cas même où ils seraient contraires à des lois internes françaises". Mais la loi interne ennemie n'échappe pas à la règle: "(si) la loi nationale de l'accusé est contraire à la loi internationale, on ne voit pas comment elle pourrait constituer un fait justificatif, la loi internationale étant, par sa nature même, su-

1) Trib. Milit. américain de Nuremberg, 4.48 ; Otto Ohlendorf, Law Reports, Vol. VIII, p. 91.

périeure à la loi interne et celle-ci devant respecter celle-là" (Rapport de M. le Conseiller Pépy ; Cass. crim. 21.4.50 ; D.J. 1950, 313).

Cette hiérarchie des ordres juridiques, qui n'est d'ailleurs pas nouvelle (1), est une des idées fondamentales du Statut de Londres et du jugement du tribunal de Nuremberg : "Celui qui a violé les lois de la guerre ne peut, pour se justifier, alléguer le mandat qu'il a reçu de l'Etat, du moment que l'Etat, en donnant ce mandat, a outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît le droit international" (2).

Le Tribunal militaire américain siégeant à Nuremberg a confirmé cette manière de voir :

"... (les membres des forces armées) ne sauraient échapper à la responsabilité d'un crime s'ils ont obéi à un commandement violant le droit international et portant atteinte aux principes fondamentaux de la justice" (aff. List) (3).

"Le droit des gens est placé sur un plan supérieur à celui sur lequel sont placés les droits nationaux et les directives des gouvernements et lorsqu'il y a conflit, c'est toujours lui qui prime. La conséquence, c'est que les directives dont l'exécution implique une violation du droit des gens n'ont aucune valeur juridique et ne peuvent couvrir ceux qui les appliquent" (aff. Leeb) (4).

Le prof. Sheldon Glueck exprime cette hiérarchie de la manière suivante :

"Un soldat ou un officier ne pourra justifier l'acte illicite dont il serait l'auteur en invoquant l'ordre reçu de son gouvernement ou de son chef militaire s'il savait au moment où il l'a commis ou si, en raison des circonstances de la cause, il avait de justes motifs de savoir que l'acte qui lui était ordonné était contraire a) aux lois et coutumes de la guerre, ou b) aux principes de droit pénal généralement admis par les nations civilisées, ou c) à la loi de son propre pays. En cas de conflit entre l'un ou l'autre de ces ordres juridiques, les deux

1) cf. Donnedieu de Vabres, Les leçons de l'histoire, op. cit. (RSCDPC. 1951, p. 380) ; Szereszewski (RPS, 1949, p. 461) ; G. Scelle, Manuel élémentaire, Paris 1943, No 12, p. 21 ; Kelsen, Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public (Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, Vol. 14) ;

2) Procès, T. I, p. 235 ;

3) Law Reports, Vol. VIII, p. 50 (trad. p. 8) ;

4) Law Reports, Vol. XII, p. 71 (trad. p. 55).

premiers auront la primauté sur le dernier" (1).

Lorsqu'il existe, le devoir de vérification de la légalité des ordres reçus porte donc avant tout sur le droit international, puisqu'en cas de conflit entre la loi interne et la loi externe, la seconde doit nécessairement l'emporter.

C'est là une des conséquences du principe corollaire de la primauté du droit international et suivant lequel le droit des gens ne s'impose pas seulement aux Etats, mais aussi aux individus, auxquels il confère des obligations qui "priment leur devoir d'obéissance envers l'Etat dont ils sont ressortissants" (2). Entre une règle interne qui autorise ou qui commande, et une règle externe qui prohibe, le soldat doit, par conséquent, faire un choix obligé, sous peine d'être qualifié de criminel de guerre.

Sans revenir sur les observations qui ont été faites à ce sujet au chapitre Ier (3), il convient de noter ici qu'une des critiques faites à la doctrine de l'individu sujet de droit international, considérée comme artificielle et arbitraire, consiste à dénoncer l'extrême difficulté qu'éprouvera le militaire à distinguer entre les obligations qui ne regardent que l'Etat, et celles qui le concernent personnellement (4).

Il est généralement admis, il est vrai, que le soldat dans le rang ne peut être tenu responsable du caractère injuste de l'agression et des conséquences juridiques qu'elle entraîne. Dans le réquisitoire qu'il a prononcé devant le Tribunal de Nuremberg, M. de Menthon, représentant du Ministère public français, déclarait à ce propos : "... dans un Etat moderne organisé, la responsabilité se limite à ceux qui agissent directement pour l'Etat, eux seuls étant en mesure d'apprécier la régularité des ordres donnés. Tous les autres, qui n'ont pas pris part à la décision et n'ont pu distinguer les caractères criminels, sont couverts par le cas de force majeure" (5).

Mais, que penser de la violation d'une capitulation ou d'un armistice ? Le matelot qui reçoit du commandant du navire où il sert un ordre de sabordage, alors que l'armistice est conclu, est-il coupable de l'avoir exécuté ?

La question ne paraît pas présenter de véritable difficulté.

Comme l'observe Oppenheim (6), il s'agira d'un délit international si l'acte contraire, p. ex., aux termes d'une

1) Sh. Glueck "War criminals, Their Prosecution and Punishment" p. 155-6 ; cf. Law Reports, Vol. III, p. 6 ;

2) Procès, Tome I, p. 235 ;

3) v. ci-dessus , p. 62 ;

4) Boissier "L'épée et la balance", op. cit., p. 48 ;

5) Procès, Tome V, p. 421 ;

6) Oppenheim-Lauterpacht, International Law, 7ème éd., 1952, Tome II, par. 230, p. 546.

capitulation a été commis en exécution d'un ordre donné par un gouvernement belligérant et d'un crime de guerre s'il a été commis sans ordre. La règle paraît valable également dans le cas de la violation d'armistice (1).

Par conséquent, l'initiative prise par un officier de marine de saborder des sous-marins en violation des termes d'une capitulation générale des forces terrestres, maritimes et aériennes et alors que l'ordre général de sabordage de toute la flotte sous-marine a été expressément rapporté, doit être considérée comme un crime de guerre. C'est ainsi que le premier lieutenant Grumpelt, accusé d'avoir sabordé deux sous-marins allemands à Cuxhaven le 6 mai 1945 a été condamné pour violation des termes d'une capitulation, violation qualifiée de crime de guerre. Il est probable qu'aucune poursuite n'aurait été dirigée contre lui si l'ordre général de sabordage de la flotte sous-marine allemande n'avait pas été rapporté. Il n'aurait fait, dans ce cas, que se conformer aux décisions du Haut-Commandement allemand (2). On peut en dire autant de l'aff. Stever (3).

Cette manière de voir trouve d'ailleurs sa confirmation dans l'art. 41 du Règlement de La Haye selon lequel : "La violation des clauses de l'armistice par des particuliers agissant de leur propre initiative, donne droit seulement à réclamer la punition des coupables et, s'il y a lieu, une indemnité pour les pertes éprouvées".

Cette disposition ne paraît pas viser uniquement des particuliers ou des militaires agissant isolément. On peut admettre, p. ex., que les subordonnés de l'officier de marine ayant pris l'initiative de saborder le bâtiment qu'il commande, sont, en principe, également responsables, lorsqu'ils ont connaissance du caractère illicite de l'ordre donné. On notera cependant que dans l'aff. précitée, le premier maître Lorenz, subordonné du premier lieutenant Grumpelt, n'a apparemment pas été poursuivi, bien qu'il ait accompagné son supérieur.

1) Ibid. par. 239, p. 555 ;

2) Trib. Milit. britannique de Hambourg, 13.2.46 ; Grumpelt - Law Reports, Vol. I, p. 55 ;

3) Trib. Milit. brit. de Hambourg, 18.7.46 ; Stever - Law Reports, Vol. XV, p. 131 ; comp. aff. Eisentraeger, Mizuo Katsumo et Minoru Hatada - ibid. p. 131-2.

3.- L'obligation de connaître le droit international.-

a) L'exécution.- Tant que l'ordre donné vise la commission d'un acte manifestement contraire aux lois de la guerre, la qualité de sujet du droit international comporte des obligations parfaitement claires. L'individu ne saurait se dérober à son devoir de désobéissance en invoquant son ignorance du droit. Sa responsabilité est engagée. Elle ne pourrait être couverte que dans l'hypothèse où le subordonné aurait agi sous la contrainte. Dans les autres cas, le tribunal tiendra compte des circonstances de la cause en atténuant la peine. Il n'y a rien à reprendre à un tel système.

En revanche, si l'ordre se rapporte à un acte qui n'est pas en contradiction flagrante avec le droit de la guerre, ou, en d'autres termes, si l'illégalité de l'ordre ne peut apparaître au subordonné qui le reçoit sans un examen plus approfondi, la question est alors de savoir dans quelle mesure il avait le devoir de s'informer des obligations qui résultaient pour lui du droit international. Dès le moment où l'on admet que le droit des gens comporte une responsabilité pénale à la charge des individus et non seulement des Etats, il semble logique de penser que ces sujets physiques du droit international sont tenus d'en connaître l'existence et les limites. Mais il est clair, ainsi qu'on l'a déjà relevé plus haut, qu'un tel devoir ne peut revêtir un caractère général et absolu analogue à celui de la règle "Nemo legem ..." du droit interne. On ne peut demander à l'homme dans le rang de se transformer en juriste et encore moins de posséder des certitudes là où les plus savants auteurs se gardent d'opiner. Le tribunal militaire américain de Nuremberg qui a statué dans l'affaire Wilhelm List paraît l'avoir admis comme une vérité d'évidence : "... si le subalterne ne se rendait pas compte de l'illégalité de l'ordre donné, ou si l'on ne pouvait pas s'attendre raisonnablement à ce qu'il s'en rendît compte, on ne peut relever contre lui la préméditation du crime et il sera couvert" (1).

Dans l'affaire Wilhelm Leeb, où se trouvaient impliqués plusieurs généraux du Haut-Commandement des forces armées allemandes (O.K.W.), le même tribunal va plus loin en exonérant pratiquement de toute responsabilité les militaires engagés dans le combat, quel que soit leur rang : "Un grand nombre des accusés étaient chefs de corps et avaient la lourde responsabilité de conduire leurs unités au combat. Il leur était difficile d'envisager les questions de droit. Ces soldats n'étaient pas des légistes. Des officiers chargés de responsabilités militaires étendues ne peuvent être accusés de participation à une infraction au droit international, parce qu'ils ont donné

1) arrêt cité (Law Reports, Vol. VIII, p. 50 - traduction, p.8).

des ordres dont le caractère criminel n'est pas flagrant et si on n'a pas attiré leur attention sur le fait qu'ils constituaient un crime aux yeux du droit des gens. On ne peut demander à de tels officiers de se livrer à de subtiles spéculations juridiques à l'occasion des ordres qu'ils reçoivent et s'ils n'ont pas eu clairement connaissance du contraire, ils ont le droit de supposer que la légalité des ordres qu'on leur donne a été déterminée plus haut" (1).

Il semble, cependant, qu'un général, occupant pratiquement la tête de la hiérarchie militaire proprement dite, par opposition aux pouvoirs politiques auxquels il est lui-même subordonné, doit être tenu d'avoir des connaissances au moins rudimentaires dans le domaine du droit de la guerre, afin d'éviter des erreurs qui ne seraient excusables qu'au niveau de la troupe.

Par conséquent, si le grade de l'inculpé jouera sans doute un certain rôle, c'est avant tout d'après les circonstances dans lesquelles ce dernier a agi, notamment d'après les conditions dans lesquelles l'ordre a été donné, la nature des relations qui existaient entre l'auteur de l'ordre et celui qui était chargé de l'exécuter, les possibilités matérielles de vérification qui s'offraient au subordonné qu'il y aura lieu d'apprécier si, en se conformant à l'ordre reçu, il a négligé de s'informer des obligations que le droit international lui imposait.

Ce point de vue se trouve confirmé dans une autre espèce où l'ordre supérieur ne se trouvait cependant pas en cause. En effet, le Tribunal Milit. américain de Nuremberg a jugé que l'industriel allemand Flick, accusé de pillage de propriétés privées en territoire occupé, avait, en s'occupant de biens situés en dehors de son propre pays, le devoir de s'informer du droit applicable et de s'y conformer. Son ignorance à ce sujet ne saurait le disculper - ont estimé les juges américains - mais pourrait être retenue comme une cause d'atténuation de la peine (2).

b) La transmission.- D'autre part, le subordonné qui reçoit un ordre avec mission de l'exécuter sera tenu à plus d'attention au sujet de sa légalité que s'il s'agit seulement de le transmettre. Ainsi, le Tribunal Militaire américain de Nuremberg a jugé que :

"... la fonction purement administrative qui consiste à transmettre l'ordre d'une autorité supérieure à des unités subordonnées ne saurait être assimilée à une exécution de cet ordre par l'officier dont l'Etat-major joue le rôle d'organe transmetteur. Une telle transmission s'accomplit automatique-

1) arrêt cité (Law Reports, Vol. XII, p. 74 - traduction, p.59);

2) Tribunal Militaire américain de Nuremberg, 22.12.47 ; Friedrich Flick (Law Reports, Vol. IX, p. 23).

ment et dans bien des cas, elle est assurée par l'Etat-major de l'officier supérieur intéressé sans même que celui-ci en ait eu connaissance. Cet officier n'est pas en mesure de passer au criminel les ordres ainsi transmis. Son quartier général, simple organe d'exécution, disparaît devant l'autorité supérieure" (1).

Un chef n'est donc pas responsable en toutes circonstances de la transmission d'un ordre criminel. Sa responsabilité dépendra généralement de la connaissance effective du caractère criminel de l'ordre transmis, ou sinon de la question de savoir si, étant donné son grade et ses fonctions, il devait ou pouvait avoir connaissance de cette illégalité.

Les Tribunaux français paraissent avoir considéré, en revanche, que la transmission d'un ordre fait partie de son exécution et que chacun des échelons de la hiérarchie militaire porte sa part de responsabilité en présence d'un ordre dont il devait reconnaître le caractère criminel. L'absence de considérants ne permet cependant pas de connaître les raisons qui motivent les mesures d'atténuation ou d'absolution qui sont prises selon les cas. Il en est ainsi de l'affaire dite de Gérardmer (Vosges) .

Au cours de la retraite consécutive au débarquement de Normandie, le Haut-Commandement allemand donna l'ordre au Général Balck, dont le groupe d'armée se trouvait alors au pied des Vosges, d'appliquer la méthode dite de la terre brûlée. Le Général Balck donna alors l'ordre de détruire la ville de Gérardmer. L'ordre fut transmis à la 19ème armée, puis au 4ème corps du Général Petersen, à la 198ème division d'infanterie du Général Schiel, et enfin, au major Grauer, chef d'Etat-major de cette division, qui le transmit lui-même à une unité du génie, pour exécution.

Dans un premier procès, le major Grauer, qui avait pourtant épargné un ilôt de maisons sur l'intervention du maire, fut reconnu coupable de complicité d'incendie volontaire et de complicité de destructions volontaires (art. 59, 60, 434, 435, CPF.), mais condamné au minimum légal, soit 5 ans de travaux forcés après avoir été mis au bénéfice des circonstances atténuantes. L'accusation estimait que le fait d'avoir préservé quelques maisons de la destruction ôtait toute valeur à l'argument tiré des nécessités militaires. Il fallait ou tout détruire, ou tout épargner.

Dans un second procès, le Général de corps d'armée Petersen et le Général de division Schiel, seuls généraux poursuivis contradictoirement sous les mêmes accusations que leur

1) Même tribunal, 27.10.48 ; Wilhelm Leeb (Procès du haut-commandement) (Law Reports, Vol. XII, p. 73 - traduction, p. 59) ; comp. sur la responsabilité de l'Amiral Raeder pour avoir transmis l'ordre sur les commandos : Procès, T.I, p. 340.

subordonné Grauer, furent également reconnus coupables, mais absous (Art. 93 du Code de Justice Militaire ; art. 3 de l'Ordonnance du 28 août 1944).

La différence de traitement s'explique en partie par le fait que les généraux paraissent avoir cherché à se dérober à l'ordre de destruction, ce qui montre qu'ils en avaient reconnu l'irrégularité. Mais on conviendra que si le devoir du militaire en présence d'un ordre illégal est de s'y soustraire par les moyens dont il dispose, ces moyens sont de toute évidence plus efficaces entre les mains d'un officier général qu'entre celles d'un officier subalterne (1).

Dans une autre affaire, trois civils ayant été arrêtés et deux d'entre eux trouvés porteurs d'armes, le commandant Hannig se mit en relation téléphonique avec le colonel Pohlmann qui donna l'ordre de les exécuter, conformément à des ordres généraux du Haut-Commandement allemand. Après avoir pris sur lui d'épargner celui qui n'avait pas d'arme, le cdt Hannig transmit l'ordre au Capit. Beier qui le fit exécuter par l'adjudant Helbig. Bien que les victimes paraissent, en outre, avoir abusé du signe de la Croix-Rouge, le Tribunal a retenu la culpabilité des trois accusés présents. Mais il s'est montré moins sévère pour le Capit. Beier qui n'avait fait que transmettre l'ordre en lui infligeant 12 ans de travaux forcés, alors que l'auteur principal Helbig et le comm. Hannig étaient condamnés respectivement à 20 ans de travaux forcés et aux travaux forcés à perpétuité (2).

4.- L'incertitude régnant dans certains domaines du droit international.-

Dans les cas même où d'après les circonstances de la cause, le subordonné avait le devoir de s'informer de ses obligations au regard du droit de la guerre, il y a lieu de tenir compte des difficultés qu'il rencontrera presque nécessairement dans cet examen.

L'un des principaux obstacles tient à la nature même du droit des gens et, en particulier, des règles de la guerre "le plus souvent coutumières, incertaines, fréquemment vagues et discutées" (3).

Il est donc explicable qu'un soldat n'ait pas une connaissance du droit international aussi approfondie que celle qu'il est censé avoir de sa loi nationale. Aussi, n'est-il pas étonnant que les Tribunaux chargés de la répression des crimes de guerre aient manifesté une certaine tendance à tenir compte

-
- 1) Tribunal militaire de Paris, 21.2.49 ; Grauer, Tribunal Militaire de Paris, 18.1.50 ; Petersen et Schiel ;
 - 2) Tribunal Militaire de Bordeaux, 25.7.46 ; Hannig ;
 - 3) Glaser, op. cit. (RDPC. janv. 1953, p. 302 et s.).

de l'ignorance légitime dans laquelle les militaires ennemis pouvaient se trouver en ce qui regarde certaines règles du droit international. Mais ils n'ont généralement retenu l'erreur de droit qu'à titre de motif d'atténuation de la peine, lorsque l'auteur pouvait raisonnablement croire que l'ordre donné était conforme au droit (1).

Par conséquent, si l'argument suivant lequel les principes du droit international sont incertains, ne définissent pas clairement ce qui est permis, sont même dépassés par la notion moderne de la guerre totale, ou ne peuvent recevoir une application littérale, a été avancé dans plusieurs procès de crimes de guerre (2), ce moyen de défense a presque toujours été rejeté. Les Tribunaux ont refusé de l'admettre comme un élément de justification. Ils ont estimé que cette manière de voir conduirait au plus complet arbitraire, chaque pays s'érigeant en juge exclusif du point de savoir s'il est ou non opportun d'appliquer le droit international. (3).

Pourtant, le Tribunal Militaire américain de Nuremberg a relevé dans l'aff. I.G. Farben que les coutumes et les usages suivis par les différents Etats forment une des sources du droit international, mais peuvent changer. Leur contenu peut donc se trouver modifié si ces changements sont admis dans la communauté des nations civilisées. Cependant, le Tribunal conclut en ce qui regarde l'accusation de pillage portée contre Carl Krauch et ses co-inculpés :

" Mais nous ne parvenons pas à découvrir dans le principe fondamental du respect des droits de propriété pendant une occupation pour cause de guerre un changement qui puisse légalement justifier les actes de pillage et de spoliation perpétrés sur une grande échelle par l'Allemagne nazie pendant la seconde guerre mondiale" (4).

Néanmoins, il est clair qu'un droit sans cesse mouvant, dont la formation est étroitement liée aux précédents créés par la pratique des armées et les usages des différents Etats n'offre pas la sûreté qui justifie dans une certaine mesure l'adage "Nemo ius..." admis dans plusieurs droits internes comme les droits français et britannique.

Dès lors, comment exiger des militaires une connaissance précise et jamais en défaut de problèmes sur lesquels les spécialistes eux-mêmes divergent d'opinion ?

Le Tribunal américain croit pouvoir faire à ce propos la distinction suivante :

1) Law Reports, Vol. XV, p. 182 ;

2) Law Reports, Vol. I, p. 14-15 ; Vol. X, p. 48-49 ; 64-67 ; Vol. IX, p. 23 ;

3) Law Reports, Vol. X, p. 48 ;

4) Ibid.

"Les progrès techniques réalisés en matière d'armement et de tactique dans la conduite de la guerre moderne peuvent avoir eu pour effet de rendre désuètes ou même inapplicables certaines dispositions de la Convention de La Haye (1) qui ont trait à la conduite des hostilités et aux moyens de combat considérés comme licites. Mais ces incertitudes visent principalement les opérations militaires, notamment les opérations navales et la manière dont elles doivent être conduites". (2).

Le Tribunal estime, en revanche, que les dispositions du droit international sur l'autorité de la Puissance militaire occupante à l'égard des habitants d'un pays occupé en temps de guerre ne sont affectées d'aucune incertitude qui en altéreraient la force obligatoire "quelles que soient les difficultés qui peuvent surgir sur des questions d'interprétation et d'application aux cas d'espèce".

Cette opinion trouve un soutien certain dans les vues exprimées à ce sujet par le Prof. Lauterpacht, selon lequel la légitimité des poursuites pour crimes de guerre peut être discutable en raison de la nature elle-même controversée des règles appliquées, essentiellement lorsqu'il s'agit d'opérations militaires maritimes et aériennes. Cette incertitude n'existe pas - ajoute-t-il - dans le cas où les forfaits ont été commis au cours de l'occupation militaire d'un territoire ennemi.

"Un envahisseur impitoyable disposant de pouvoirs illimités est alors en mesure de commettre des crimes dont le caractère odieux ne saurait être atténué par des arguments tirés des nécessités militaires, de l'incertitude du droit ou de l'exercice de représailles" (3).

Par conséquent, l'exécutant d'un ordre contraire au droit des gens ne saurait se prévaloir de l'incertitude qui règne dans ce domaine lorsque l'acte a été commis à l'encontre des habitants d'un pays occupé. En revanche, si les faits reprochés sont survenus au cours des hostilités et spécialement lorsqu'il s'agissait de la guerre aérienne ou navale, l'ordre donné est pratiquement dépourvu de tout caractère criminel. On peut même aller jusqu'à dire, dans ce second cas, qu'un ordre en apparence odieux, ne doit pas être considéré comme criminel puisqu'il ne viole en principe aucune règle précise et reconnue du droit de la guerre, contrairement à ce qui serait le cas si l'acte avait été commis à l'encontre de civils ennemis en territoire occupé.

Cette casuistique, en apparence gratuite, n'est cependant pas complètement dépourvue de sens.

- 1) Conv. de La Haye du 18 oct. 1907 sur les lois et coutumes de la guerre sur terre ;
- 2) arrêt cité - Law Reports, Vol. X, p. 49 ;
- 3) Lauterpacht "The Law of Nations and the Punishment of War Crimes", BYIL, 1944 - LR. X, p. 49.

Elle s'explique par la fragilité des règles concernant la conduite des hostilités proprement dites dont le respect est exclusivement subordonné à la réciprocité. Par un consentement mutuel, parfois tacite, parfois consigné dans des accords internationaux, les belligérants s'abstiennent de recourir à certains moyens de nuire à l'ennemi. Le cas des gaz et celui de la guerre bactérienne en sont des exemples.

Mais l'expérience montre que de telles barrières sont fragiles et que lorsqu'il y trouve un quelconque intérêt, aucun des belligérants n'hésite à les renverser. La surenchère des représailles conduit alors aux pires atrocités où les non-combattants sont les principales victimes.

Il en est ainsi de la guerre sous-marine. On se souvient que la Marine de guerre allemande avait justifié, pendant la première guerre mondiale, les torpillages de navires-hôpitaux britanniques par l'abus qu'aurait fait le Royaume-Uni de la protection accordée à cette catégorie de bâtiments. Mais la notion de la guerre sous-marine à outrance utilisée pendant la deuxième guerre mondiale paraît avoir été reçue par les deux Parties au conflit. On notera à ce sujet les conclusions du Tribunal Militaire International concernant l'Amiral Doenitz : "Vu les faits, vu, en particulier, un ordre de l'Amirauté britannique du 8 mai 1940, suivant lequel tous les bateaux naviguant de nuit dans le Skagerrak devaient être coulés, et vu les réponses données par l'Amiral Nimitz aux questionnaires qui lui furent adressés et indiquant qu'une guerre sous-marine sans restriction fut menée par les Etats-Unis dans l'Océan Pacifique dès le premier jour de leur entrée en guerre, Doenitz ne peut être condamné pour violation du droit international en matière de guerre sous-marine" (1).

Le Prof. Donnedieu de Vabres relève, également à propos des accusations portées contre l'Amiral Doenitz que l'ordre de guerre No 154 de novembre 1939 et l'ordre concernant le *Laconia* du 17 sept. 1942 enjoignant aux commandants de sous-marins de laisser sans secours, voire même de détruire les équipages des navires de commerce torpillés, constituaient bien des violations du Traité de Washington du 6 fév. 1922 et du Traité de Londres du 22 avril 1930.

Pendant, les progrès de l'aviation intervenus depuis cette époque feraient courir de graves dangers aux sous-marins qui tenteraient de sauver les naufragés - avait déclaré la défense de l'Amiral Doenitz - et le Prof. Donnedieu de Vabres exprime l'avis que si, comme il semble, cette articulation est conforme à la vérité, maintes dispositions des traités précités "sont inadaptées aux conditions présentes de la guerre aérienne et maritime et appellent une révision".

1) Procès, Tome I, p. 335.

Et il ajoute :

"... il s'agit de savoir si l'abrogation peut résulter de changements techniques qui modifient sur un point essentiel les conditions d'application. On sera tenté de l'admettre à l'égard, tout au moins, des sanctions pénales, si on considère l'évolution constante dont le droit international public est l'objet. Les faits, au même titre que les lois, les traités, les jugements et la doctrine sont parmi les facteurs de cette évolution" (1).

On notera néanmoins que le Tribunal Militaire britannique de Hamburg qui a statué dans l'aff. du Peleus n'a apparemment pas été de cet avis. Heinz Eck, commandant du sous-marin qui avait coulé le vapeur grec "Peleus" et fait tirer sur les naufragés afin de supprimer toute possibilité de repérage par avion a, en effet, été considéré comme coupable "d'avoir participé à l'assassinat des survivants d'un navire torpillé, en violation des lois et coutumes de la guerre", condamné à mort et passé par les armes. Cette jurisprudence a été confirmée dans des espèces analogues (2).

Ce qui est vrai de la guerre navale l'est aussi et à plus forte raison, si l'on peut dire, de la guerre aérienne.

Ici, l'incertitude - sinon même l'absence - de règles conventionnelles ou coutumières en ce qui regarde les bombardements aériens n'est que trop notoire. Il est, d'ailleurs, significatif de voir que si l'accusation de bombardement sans discrimination a bien été portée contre les dirigeants du IIIème Reich, aucun des accusés n'a été reconnu coupable de ce chef par le Tribunal Militaire International. On se souviendra pourtant que le Maréchal Goering, chef de l'aviation militaire allemande, se trouvait parmi eux. Il n'est question dans les conclusions du jugement qui lui sont consacrées ni du bombardement de Coventry, ni des fusées télé-guidées envoyées sur Londres, ni d'aucune autre phase de la guerre aérienne (3). Force est de constater que les méthodes de combat appliquées de part et d'autre dans la seconde guerre mondiale et dans celle de Corée ont fait perdre toute raison d'être à la plupart des principes fondamentaux sur lesquels repose le droit de la guerre, à commencer par la distinction entre combattants et non-combattants. S'il faut considérer comme licites les bombardements dits "de zone" (target area bombing), on ne saurait exiger que les civils qui ne prennent pas part à la lutte soient épargnés. Bien plus, ces non-combattants ne sont pas seulement atteints par des projectiles destinés aux rassemblements de troupes, aux usines de matériel de guerre, aux routes, aux gares et aux ponts près desquels le hasard a voulu qu'ils se trou -

- 1) Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1947, p. 515; v. à ce sujet Boissier, op. cit. p. 50-51 ;
- 2) Law Reports, Vol. I, p. 2 et 13 ; Vol. IX, p. 75 et 88 ;
- 3) Procès, T. I, p. 296.

vent. Ils deviennent eux-mêmes un objectif militaire, puisque les bombardements "de terrorisation" sont destinés avant tout à détruire le potentiel moral de résistance de l'ennemi. Les Règles de la guerre aérienne de La Haye de 1922 sont donc largement dépassées. La notion d'objectif militaire, qu'elles avaient cherché à définir, a reçu depuis lors des applications qui en ont totalement dénaturé le sens (1).

Sans doute, le fait qu'une règle de droit international soit violée par les deux Parties à un conflit n'établit-il pas à lui seul la preuve de sa disparition lorsque cette disposition figure dans un traité dûment signé et ratifié. On doit néanmoins reconnaître que l'acquiescement de l'Amiral Doenitz, en ce qui regarde la guerre sous-marine, et du Maréchal de l'air Goering, en ce qui regarde la guerre aérienne, n'est pas le signe d'un progrès remarquable dans le développement des lois de la guerre. Il démontre cependant et à l'inverse de ce que l'on a parfois prétendu, que les Alliés n'ont pas exercé la répression des crimes de guerre à partir d'un critère absolu. S'ils n'ont pas exclusivement poursuivi les crimes dont leurs propres troupes ne s'étaient jamais rendues coupables, ils se sont du moins généralement abstenus d'organiser des procès dans des domaines où le droit était par trop incertain. L'affaire du Peleus et les jugements analogues semblent représenter des cas-limites.

Ainsi des coutumes, et a fortiori, de simples usages du droit de la guerre peuvent-ils être rendus caducs, non seulement par les changements techniques survenus dans leur application, comme la découverte d'une arme nouvelle, mais aussi en raison d'une modification dans la pratique des armées. On voit par là à quel point le droit de la guerre est sujet à de constantes variations et combien la distinction proposée par le tribunal américain dans l'affaire I.G. Farben revêt d'importance.

Pourtant, cette distinction entre le droit de l'occupation considéré comme parvenu à maturité et le droit des hostilités actives, encore indéterminé sur nombre de points, a l'inconvénient d'être sommaire et cela, dans une mesure qui dépasse sans doute "les difficultés qui peuvent surgir sur des questions d'interprétation et d'application aux cas d'espèce". En effet, si les règles qui fixent les droits et devoirs réciproques de l'autorité militaire occupante et de la population occupée se sont cristallisées pour la plupart sous forme de traités internationaux dont la force obligatoire est universellement reconnue, il demeure à l'intérieur même de ce domaine du droit de la guerre des zones d'incertitude.

On observera d'emblée que cette absence de fixation coïncide précisément avec les formes d'hostilités plus ou

1) Oppenheim-Lauterpacht's International Law, 7ème éd., 1952, p. 527-530.

moins actives qui peuvent se produire sur les arrières de la Puissance occupante, et avec leurs conséquences immédiates ou lointaines. Il convient de voir là sans doute un argument qui vient confirmer le bien-fondé de la distinction générale établie par les juges américains dans l'affaire I.G. Farben. Tant que l'autorité de la Puissance occupante s'exerce normalement, on peut admettre, en effet, que les principes consignés dans la Convention de La Haye No IV de 1907 sur ce chapitre ne prêtent à aucune contestation. En revanche, la résistance à l'occupant, de l'attentat isolé à la bataille rangée, du sabotage anonyme à la guerre de partisans, met directement en contact le droit de l'occupation avec celui des hostilités actives. Elle lui fait perdre du même coup cette fixité et cette précision qui en rendaient l'application relativement facile. De solide qu'il était, le terrain devient mouvant. L'équilibre établi entre la toute-puissance de l'autorité occupante et le calme observé jusque là par la population est rompu, sans qu'il soit nécessaire d'ailleurs d'examiner par qui. Cette rupture du contrat de non-hostilité imposé par les circonstances va produire les résultats les plus désastreux pour les civils non-combattants qui en seront les premières victimes.

Il est vrai que le règlement de La Haye de 1907, et à sa suite la Convention de Genève No III de 1949 (art. 4, ch. 2), ont défini les conditions dans lesquelles les mouvements de résistance organisés pouvaient prétendre à la qualité de belligérant. Mais il demeure malheureusement évident que les diverses conditions posées et, principalement, celles de porter les armes ouvertement et d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance, sont incompatibles avec la situation de combattants clandestins. Dès lors, qu'advient-il des civils capturés les armes à la main par les troupes occupantes ? Les règles qui prescrivent dans certains pays et notamment en Allemagne (1) de les soumettre à un jugement avant de les exécuter ne résistent pas à la recrudescence d'attentats provoquée par les premières mesures de répression et à la rigueur toujours accrue des réactions de l'occupant.

Dans ce domaine, le droit des gens est encore dans un état d'incertitude dont on voit mal comment il pourrait sortir. L'indécision de la jurisprudence des tribunaux militaires français le démontre bien. Il est constant qu'après avoir reconnu, en principe, à tous les membres de la Résistance un droit inconditionnel à être traités comme des prisonniers de guerre en cas de capture, ils ont admis que les civils sans uniforme, ni signe distinctif, qui s'étaient rendus coupables d'actes d'hostilité envers l'occupant, étaient passibles de la peine capitale. Les juges français

1) Ordonnance relative au droit pénal exceptionnel en temps de guerre (Kriegssonderstrafrechtsverordnung-KSSVO) du 17 août 1938 (Reichsgesetzblatt, I, p. 1455), art. 3.

ont cependant maintenu d'une façon constante le droit des partisans et des francs-tireurs à bénéficier d'un jugement régulier avant leur exécution, bien qu'on ne trouve jusqu'aux Conventions de Genève de 1949 aucun élément qui permette d'étayer cette manière de voir avec quelque vraisemblance. Encore, la Convention No III sur la protection des prisonniers de guerre est-elle applicable exclusivement aux membres de mouvements de résistance qui se conforment aux conditions nécessaires pour bénéficier du statut de belligérant et, par conséquent, de prisonniers de guerre ; les civils, eux, demeurent exclus de cette protection lorsqu'ils prennent les armes. Ils peuvent, en revanche, invoquer la convention No IV, mais avec d'importantes réserves (1).

Il en va de même, ainsi qu'on l'a déjà relevé plus haut (2), en ce qui regarde le problème des représailles et des otages. Un attentat vient-il à se produire à l'encontre de membres des troupes occupantes ou de matériel et d'installations utilisés par la Puissance occupante, à quelles mesures l'autorité étrangère sera-t-elle autorisée à recourir en vue de ramener l'ordre et le calme ? Sera-t-il licite, notamment, d'appréhender des civils qui seront tenus responsables sur leur vie de l'attitude pacifique de leurs concitoyens, c'est-à-dire de l'absence d'actes d'hostilité contre l'occupant ? Est-il permis - autre question - d'exécuter les prisonniers qu'on détient déjà pour d'autres motifs en représailles d'attentats commis contre l'occupant, alors qu'ils étaient déjà privés de leur liberté au moment des faits ? Là aussi, la jurisprudence française a soutenu d'une manière constante le point de vue de l'interdiction absolue, la mise à mort par représailles d'otages ou de prisonniers étant considérée en tout état de cause comme un crime de guerre. Elle paraît s'être appuyée à cet effet sur la base, il faut l'avouer bien fragile, de l'art. 50 du Règlement de La Haye interdisant les peines collectives contre les populations à raison de faits individuels "dont elles ne pourraient être considérées comme solidairement responsables" (3). Ce faisant,

-
- 1) Art. 5, al. 2 et 3 Convention IV (civils) ; cf. au sujet des espions et saboteurs P. de la Pradelle, op. cit., p. 62 et s. spéc. 72, 74 et 80 ; et sur le problème des francs-tireurs : cf. W. Schätzel, Le franc-tireur capturé a-t-il droit à un jugement régulier ? (Rev. int. du droit des gens, T. XVII, p. 5-20) ; Law Reports, Vol. VIII, p. 58 ;
 - 2) cf. ci-dessus , p. 112 ;
 - 3) Cf. Law Reports, Vol. VIII, p. 60 ; vol. III, p. 21-22 ; Vol. VI, p. 115-116-119 ; Vol. VIII, p. 1, 9 et 20 ; Vol. XV, p. 123-138 ; v. également le jugement Falkenhausen (RDPC, avril 1951, p. 863) ; sur le problème de la dénonciation des actes nuisibles à l'occupant, cf. aff. Latza, Cour suprême de Norvège, 3.12.48 (Law Reports, Vol. XIV, p. 60-69 et 82-83).

elle a passé sous silence les dispositions réglementaires qui semblent encore en vigueur dans l'armée française et qui ont au contraire pour effet de recommander la prise d'otages, "lorsque l'attitude de la population est hostile" (1).

En dépit de ces réserves, dont il ne faut sans doute pas sous-estimer l'importance, la distinction établie par le tribunal américain dans l'affaire I.G. Farben, et confirmée par le Prof. Lauterpacht, garde néanmoins sa signification dans de nombreux cas. On pourrait même ajouter au domaine du droit de l'occupation celui de la protection très généralement reconnue aux blessés et malades des armées et aux prisonniers de guerre. Les Conventions de Genève qui ont reproduit et développé les principes déjà inscrits dans les Conventions de La Haye de 1899 et 1907 sur les lois et coutumes de la guerre expriment à n'en pas douter dans la majeure partie de leurs dispositions des règles qui font depuis longtemps partie du droit des gens et dont la force obligatoire s'impose à tous. La refonte intervenue en 1949 en a encore raffermi l'autorité. A l'exemple des principes régissant l'autorité militaire en territoire ennemi, les règles du droit dit humanitaire se situent pour la plupart dans un domaine du droit des gens où règne un minimum d'incertitude. En sorte qu'un militaire à qui son supérieur ordonne, par exemple, d'achever des blessés ou de tuer des prisonniers de guerre, ne saurait se prévaloir d'une prétendue ignorance des dispositions du droit international à cet égard.

Cette relative fixité du droit de la guerre s'explique ici par la nature des interdictions et des limitations qu'il comporte. Contrairement à ce qui se passe dans le cas des règles intéressant la conduite des hostilités actives, les bel-ligérants n'ont en général pas d'intérêt direct à violer les principes qui forment le statut des personnes mises hors de combat par maladie, blessure ou captivité. Sans doute, la deuxième guerre mondiale a-t-elle provoqué de retentissantes exceptions à ce qu'on pouvait considérer comme un principe acquis. Le sort tragique des prisonniers de guerre soviétiques en mains allemandes qui n'étaient pas protégés par la Convention du 27 juillet 1929 en est l'un des exemples. Néanmoins, il est certain que si des dispositions établies par traité entre Nations devenues ennemies ont jamais pu épargner d'inutiles sacrifices de vies humaines et diminuer les maux de la guerre, ce sont bien celles des Conventions humanitaires.

On peut donc conclure sur ce point en notant que la plupart des règles du droit des gens concernant la protection des personnes qui sont au pouvoir, soit d'une Puissance occupante, soit d'une Puissance ennemie comme blessés, malades ou prisonniers, ap-

1) Instruction française sur le service en campagne (Annexe, No 1 à l'Instr. du 12.6.36 sur l'emploi tactique des grandes unités).

partiennent à un domaine du droit international où règne un minimum d'incertitude.

Un tel critère n'est sans doute pas exempt de défauts. On aurait beau jeu de montrer ce qu'il y a de contradictoire à tenir pour une violation flagrante du droit de la guerre la mise à mort d'otages en vue de garantir la sécurité de l'armée occupante, alors que la destruction par les bombes de tout calibre et de toute nature de villes entières devrait au contraire être considérée comme entrée dans les moeurs, sinon dans la légalité, sous prétexte que l'une relève du droit de l'occupation militaire et l'autre des hostilités proprement dites (1).

Pourtant, et sans s'aveugler sur l'état réel du droit de la guerre par des distinctions qui pourraient devenir artificielles si elles étaient trop rigides, on ne saurait considérer l'ensemble du droit international et, notamment, les lois et coutumes de la guerre comme sujets à discussion. C'est pourquoi, il est difficile d'admettre, comme le fait Wheaton, que les difficultés qu'éprouvent les officiers et les soldats à savoir quand ils commettent un crime de guerre, doivent faire exclure d'une manière générale le principe de la responsabilité individuelle en droit international, au moins lorsqu'elle est assortie de sanctions (2).

5.- La question des représailles.-

L'incertitude qui règne dans certains domaines du droit de la guerre n'est cependant pas le seul obstacle auquel se heurterait le militaire auquel un devoir de s'informer du droit international serait par hypothèse imposé.

En effet, même si l'ordre donné constitue la violation des règles les plus certaines du droit de la guerre, un doute subsiste sur son caractère criminel dans le cas où le supérieur qui l'a donné le dit justifié par une violation antérieure commise par l'ennemi. La question est donc de savoir si, en présence d'un tel ordre, le subordonné peut se croire en droit de l'exécuter.

Il n'existe ici aucun doute quant au caractère criminel de l'ordre, seul l'élément justificatif d'une violation préalable des lois de la guerre par l'adversaire est en cause. L'auteur a-t-il le devoir de vérifier cette justification alléguée, comme il avait, suivant son grade et sa position, celui de vérifier la légalité elle-même des injonctions de ses supérieurs ? Ou la simple vraisemblance, voire même la simple possibilité, que l'ennemi se soit précédemment rendu coupable d'un crime de guerre

1) Cf. P. Boissier, op. cit., p. 55-56 ;

2) Cf. Wheaton's International Law, 7ème éd., 1944, p. 586.

l'autorisent-elles à en commettre un à son tour ?

L'argument des représailles a été fréquemment mêlé à celui de l'ordre supérieur. Le critère de l'illégalité manifeste ne peut être retenu puisqu'il est précisément admis que l'ordre donné est contraire au droit. Ainsi que le remarque Lauterpacht, s'il est possible d'attribuer à l'accusé de crimes de guerre une connaissance rudimentaire et un sens moral élémentaire, "il sera plus malaisé d'attendre de sa part les connaissances qui le mettent en état d'apprécier la légitimité des mesures de rétorsion en rapport avec les circonstances qui sont censées les avoir provoquées".

Lauterpacht cite l'exemple de la mise à mort de prisonniers de guerre qui se sont rendus à discrétion. Personne ne peut prétendre ignorer le caractère criminel d'un tel acte, mais la situation se compliquerait si l'accusé invoquait, non seulement l'ordre reçu, mais le fait que cet ordre lui a été dépeint comme devant servir de représailles pour la mise à mort par l'ennemi de prisonniers ressortissants de son propre pays. De même, dans l'aff. du "Dover Castle", la Cour suprême allemande de Leipzig, en acquittant, en 1921, les accusés à qui il était fait grief d'avoir torpillé ce navire-hôpital britannique, releva qu'ils étaient en droit d'admettre, sur la foi des déclarations de leurs supérieurs, qu'un tel acte constituait de légitimes représailles contre l'usage, contraire à la Convention de La Haye No X, que l'ennemi aurait fait de ses navires-hôpitaux.

On voit immédiatement quelle brèche l'argument des représailles pourrait créer dans le mécanisme de la répression, s'il venait à être admis avec trop de facilité. Il suffirait à chaque officier d'affirmer, même faussement, à ses hommes que l'ordre manifestement criminel qu'il leur donne constitue des représailles légitimes à la suite d'une violation commise par l'ennemi pour que tout crime de guerre devienne presque automatiquement justifié. Comme on ne peut attendre d'un soldat ou même d'officiers de rangs subalternes qu'ils soient en mesure d'apprécier eux-mêmes la légitimité de ces mesures de rétorsion, force serait d'abandonner toute répression à l'échelon de l'exécution et de la transmission des ordres donnés dans de telles conditions.

C'est ce qui explique que les tribunaux militaires alliés aient fait montre dans ce domaine d'une extrême circonspection. Dans la très grande majorité des cas, les juges des Puissances victorieuses en 1945 ont considéré que les actes accomplis en représailles de violations du droit de la guerre, commises soit par l'adversaire, soit par la population civile occupée, ne perdaient pas leur caractère criminel. Bien au contraire, les jugements sont très généralement fondés sur le caractère illicite de toutes les mesures de représailles, quelles qu'elles soient. Il est vrai que la plupart des espèces dont ils ont eu à connaître à cet égard avaient trait à de massives exécutions de civils prisonniers

par représailles ou d'otages, dont le caractère criminel apparaissait déjà très clairement par les conditions indescriptibles dans lesquelles elles avaient eu lieu. Aucun jugement relatif à des représailles exercées entre belligérants au cours des hostilités actives ne paraît avoir été publié, ni même avoir été prononcé. Quant aux représailles dont des prisonniers de guerre ont été les victimes, en violation de l'art. 2 de la Convention de 1929, elles paraissent également n'avoir fait l'objet que d'un nombre infime de décisions judiciaires après la deuxième guerre mondiale. (1).

Le caractère criminel des exécutions d'otages et de prisonniers par représailles a donc été retenu par la plupart des jugements, avant tout en raison de la légèreté avec laquelle les troupes d'occupation recouraient à cette mesure de coercition et de la disproportion considérable qui existait presque dans chaque cas entre le nombre de civils innocents fusillés et la gravité de l'attentat dont leur exécution était censée être le châtiement. Les exemples ne manquent pas. Ainsi, le tribunal militaire britannique siégeant à Rome a-t-il retenu la culpabilité de plusieurs généraux allemands, convaincus d'avoir fait exécuter l'ordre reçu du Haut-Commandement allemand de mettre à mort 335 italiens à titre de représailles pour un attentat à la suite duquel 28 allemands avaient perdu la vie. Sans doute, les juges britanniques ont-ils vu un crime avant tout dans l'excès des mesures de rétorsion appliquées. Mais, à défaut d'arrêt motivé, il est impossible de dire s'ils ont ou non considéré que le moyen auquel les Généraux allemands avaient recouru en vue de rétablir l'ordre était en soi licite (2).

En revanche, et sans entrer dans les détails de cette importante décision, on peut dire que le tribunal militaire américain de Nuremberg, qui a statué dans l'affaire Wilhelm List, déjà citée à plusieurs reprises, a adopté une position fondamentalement différente. Dans leur nature, sinon dans leur gravité, les faits étaient sensiblement les mêmes. L'acte d'accusation révèle ici les difficultés croissantes rencontrées par les troupes d'occupation allemandes dans les Balkans et, notamment, en Yougoslavie, et les mesures de plus en plus dures ordonnées par le Haut-Commandement allemand en vue de faire face aux attaques des guerillas. A titre d'exemple, on peut citer l'affaire du massacre de Topola qui caractérise nettement les faits soumis à l'appréciation des juges américains. En effet, le 2 octobre 1941, une unité allemande avait été attaquée par des partisans non loin de

- 1) Cf. cependant Tribunal militaire américain siégeant à Rome, 12.10.45 ; Général Dostler (Law Reports, Vol. I, p. 28-31); cf. aussi Law Reports, Vol. XV, p. 177, ch. 9 ;
- 2) Tribunal militaire britannique siégeant à Rome, 30.11.46 ; Généraux von Mackensen et Maelzer ; Trib. mil. brit. de Venise, 6.5.47 ; Général Kesselring (Law Reports, Vol. VIII, p. 1 et 9).

cette localité yougoslave. Les pertes s'élevaient à 22 morts, 3 blessés et 15 ou 16 manquants. En représailles contre cet attentat, le Général Boehme donne l'ordre, le 4 octobre, d'exécuter 100 prisonniers juifs serbes pour chaque allemand tué. En fait, il semble établi que 449 personnes ont été passées par les armes au lieu des 2200 dont l'exécution était primitivement prévue.

A l'exemple du tribunal britannique qui avait statué dans l'affaire von Mackensen et autres, le tribunal américain de Nuremberg a retenu la culpabilité des généraux allemands. En revanche, l'abondante motivation de cet arrêt indique bien que les juges américains ne considèrent pas l'exécution d'otages ou de prisonniers par représailles comme illicite en soi. Lorsque certaines conditions sont respectées et, notamment, lorsque de telles mesures sont utilisées à titre d'ultime moyen pour rétablir l'ordre, que d'autres mesures plus douces ont été appliquées au préalable, mais en vain, que la population a été avertie des conséquences du renouvellement des attentats et, surtout, lorsque les exécutions ordonnées ne représentent pas un préjudice plus grave que les pertes subies à la suite de l'attaque à laquelle elles doivent répondre, l'arrêt List considère que le droit de la guerre n'est pas violé. Le crime commence dans l'excès et dans l'inobservation des mesures de sûreté dont l'exécution doit être précédée (1).

La jurisprudence belge paraît avoir consacré une solution intermédiaire. Elle maintient le caractère criminel de l'exécution d'otages ou de prisonniers par représailles, comme l'ont fait la majorité des arrêts rendus dans ce domaine et, notamment, celui de l'affaire Von Mackensen déjà citée. Elle se différencie pourtant du point de vue généralement adopté et se rapproche dans une certaine mesure de l'arrêt List. En effet, ce crime de guerre n'est pas considéré comme une violation flagrante des lois et coutumes de la guerre, lorsque l'exécution incriminée a été décidée "dans les strictes limites de la nécessité militaire, c'est-à-dire pour réprimer et prévenir les attentats contre l'armée occupante ...". A cette condition, les inculpés sont justifiés. On considère qu'ils pouvaient tenir l'ordre d'exécution pour régulier. Le critère essentiel du caractère non-flagrant de la violation réside dans le mobile du crime. A la différence de l'arrêt List, l'acte demeure criminel en toute hypothèse, sans égard aux précautions prises ou même à la proportion entre les otages fusillés et les victimes de l'attentat (2).

Quant aux tribunaux français, ils se sont rangés

1) Cf. arrêt List (Law Reports, Vol. VIII, p. 65 - trad. p. 43);

2) Cf. Conseil de guerre de Bruxelles, 2ème ch., fr. 9.3.51; Général Falkenhausen (RDPC, avril 1951, p. 863, 1951 mai, p. 989).

à l'opinion très généralement exprimée et suivant laquelle la mise à mort de civils innocents en représailles pour un attentat commis contre les troupes occupantes demeure un crime de guerre, quel qu'en soit la raison ou le prétexte, les formes observées ou le barème appliqué (1). C'est apparemment à cette dernière solution que se sont arrêtés les plénipotentiaires de la Conférence diplomatique de Genève de 1949 lorsqu'ils ont prohibé toute mesure de représailles à l'encontre de civils (art. 33, al. 3) et consacré l'interdiction de la prise, c'est-à-dire également de l'exécution d'otages (art. 34 de la Convention No IV).

L'interdiction absolue est sans doute la solution idéale. Mais il faut craindre qu'elle ne soit en même temps utopique, car l'exercice des représailles est au droit des gens, ce que le gendarme est au droit pénal interne. Tant que la société internationale demeurera inorganique et tant que ses membres conserveront leurs souverainetés intactes, il est aussi illusoire de leur interdire les représailles que de les empêcher de recourir à la guerre dans le règlement de leurs différends.

C'est pourquoi les solutions exceptionnelles exprimées dans le jugement List et dans le jugement Falkenhausen paraissent consacrer une interprétation plus proche de la réalité que ne l'ont fait l'ensemble des jugements français et la quasi-totalité des décisions rendues dans les autres pays. L'opinion des juges américains heurte à n'en pas douter une opinion très généralement répandue. Elle a néanmoins le mérite de tenir compte du droit international tel qu'il est et non tel qu'il devrait être. Ce réalisme semble devoir conduire à moins de désillusions que les trompeuses assurances de dispositions conventionnelles qui n'ont malheureusement aucun support dans la pratique des armées. Entre ces deux extrêmes, la jurisprudence belge constitue un moyen terme très séduisant, car elle évite de subordonner la licéité de l'exécution d'otages à un grand nombre de conditions et surtout d'entrer dans des considérations quantitatives sans issue en comparant le nombre des civils exécutés et l'importance du préjudice antérieur subi par l'occupant. Une fois encore, le système adopté en Belgique présente l'avantage de la souplesse en laissant aux juges la possibilité non seulement de s'abstenir de toute peine, mais encore d'acquitter lorsque l'exécutant pouvait de bonne foi se méprendre sur le contenu du droit international. Comment exiger d'un simple soldat une appréciation correcte de questions aussi complexes ? En pareil cas, c'est au chef qui a donné l'ordre, et à lui seul, que la justice doit demander des comptes. Elle s'égare en cherchant à rendre les membres des pelotons d'exécution responsables des morts qu'ils ont causés.

1) Cf. Trib. mil. Dijon, 3.2.47 ; Holstein (Law Reports, Vol. VIII, p. 22-23 ; Trib. mil. de Clermont-Ferrand, 23.6.46 ; Szabados (Law Reports, Vol. IX, p. 60).

Lorsqu'il est évident que l'exécutant ne savait pas, ou, étant donné son rang et sa position, ne pouvait pas savoir que l'acte ordonné était criminel, il doit être relaxé, même si une telle mesure implique l'abandon de toute poursuite en raison de l'absence des chefs responsables.

La question des représailles devra donc être résolue suivant les circonstances de chaque cas d'espèce. En l'absence de critère d'appréciation valable en toute hypothèse, seuls les chefs qui ont donné ou provoqué les ordres illégaux devront être retenus. Les subordonnés n'ont dans ce cas aucun devoir de vérification de la légitimité des ordres illégaux qu'ils reçoivent. Ils ne pourront être tenus responsables que si l'illégalité et l'absence de justification par les représailles leur était par avance connue. Ils ne sauraient alors se prévaloir d'une appréciation erronée du droit applicable.

IV.- CONCLUSION

Les arrêts américains et belges qui viennent d'être cités marquent sans doute une position extrême dans l'ensemble de la jurisprudence des tribunaux alliés. Aussi, ne peut-on les donner comme les représentants d'un courant d'opinion très répandu. Tout au contraire. Les critiques dont ils ont été l'objet en témoignent suffisamment (1).

Ces décisions gardent néanmoins un intérêt certain, car elles montrent à l'endroit de l'exécutant d'un ordre contraire aux lois et coutumes de la guerre un souci de réalisme qui semble placer le problème de l'appréciation de sa responsabilité sous un plus juste éclairage que ne l'ont fait la plupart des décisions antérieures, même lorsqu'elles émanaient d'autres tribunaux.

On constatait jusque là dans la répression des crimes de guerre une tendance généralisée à attribuer aux militaires poursuivis des pouvoirs d'investigation sur la légalité des ordres reçus qui ne correspondaient que rarement aux faits. Si la discipline militaire engendre une contrainte latente qui s'exerce avant tout sur la volonté de l'inculpé au point de le paralyser dans certaines conditions exceptionnelles, on peut admettre qu'elle influe aussi sur son sens critique. Sans tenir les soldats pour des automates privés de discernement dès le moment où ils quittent la vie civile pour endosser l'uniforme, il est concevable que la vie militaire n'incite pas à une particulière vigilance intellectuelle. Personne ne niera que l'être humain le

1) Cf. J.B. Herzog (RIDP., 1948, p. 82 ; 1951, p. 163) ; Sawicki, Châtiment ou encouragement ? (RDISDP, 1948, p. 240).

plus évolué ait, au contraire, tendance à modifier son échelle des valeurs lorsqu'il est lancé dans un combat meurtrier et que sa propre existence se trouve, par conséquent, exposée à un danger quasi permanent.

En revanche, il est difficile d'imaginer que le soldat dont l'instruction est la plus rudimentaire et les réflexes les moins rapides ignore des règles fondamentales du droit des gens comme, par exemple, l'interdiction de tuer l'ennemi qui se rend, parce qu'elles relèvent non seulement de la conduite de la guerre, mais de principes d'humanité également valables en temps de paix. Et pourtant, n'est-il pas vraisemblable que les chefs militaires eux-mêmes puissent invoquer leur ignorance de la conduite que prescrit le droit international, lorsque les opinions des spécialistes divergent sur des points de droit controversés ?

On peut déduire, par conséquent, de ce qui précède que sous réserve d'une justification alléguée par des représailles légitimes, un devoir de désobéissance est certainement lié à l'ordre de commettre une violation manifeste du droit international. Si l'exécutant s'est parfaitement rendu compte qu'en donnant suite à l'injonction de son supérieur, il participait à un crime de guerre, il ne saurait se prévaloir d'une prétendue erreur de droit pour être exonéré de sa responsabilité. Mais si l'acte ordonné ne constituait pas une violation évidente des lois et coutumes de la guerre, notamment en raison de règles précises de la loi nationale en vertu desquelles l'exécutant pouvait raisonnablement croire qu'il demeurerait dans la légalité en obéissant, sa responsabilité doit être couverte. On ne peut le tenir pour coupable lorsque son acte est non seulement l'exécution d'un ordre supérieur, mais surtout le résultat d'une erreur excusable sur la conduite imposée par le droit des gens.

Le devoir de vérifier la légalité des ordres reçus ne saurait, par conséquent, être attribué à chacun et quelles que soient les circonstances de la cause. Il appartiendra au tribunal d'apprécier si, d'après les faits qui lui sont rapportés, l'auteur de l'acte accompli sur ordre aurait dû ou pu s'apercevoir que l'ordre reçu tendait à la commission d'un acte en apparence régulier, mais en réalité contraire au droit des gens. Le principal critère dont dispose le juge est celui du grade et de la fonction de l'accusé. S'agit-il d'un simple soldat à qui son chef enjoint de faire partie d'un peloton d'exécution, d'un civil ennemi condamné à mort, il est certainement impossible à l'intéressé de contrôler la régularité de cette condamnation. Aucun supérieur ne tolérerait de la part d'un subordonné une demande d'explications préalable à l'exécution de l'ordre. La troupe est là pour obéir. Si un homme a une réclamation à faire, il lui est probablement loisible de la formuler, mais par la voie hiérarchique, ce qui peut lui valoir toutes sortes de désagréments et, en toute

hypothèse, seulement après avoir donné suite à l'injonction de ses chefs "sans hésitation, ni murmure", précise le Règlement du service dans l'armée française du 25 janvier 1951 (1). L'inculpé disposait-il au contraire de pouvoirs étendus et d'une longue expérience militaire ? On peut alors présumer, non seulement que ses décisions étaient pesées, mais aussi que le grade élevé qu'il occupait lui faisait un devoir d'être au courant de toutes ses obligations, c'est-à-dire à la fois de celles qui résultaient directement de sa loi nationale et de celles que lui imposait le droit international. Les généraux et les principaux cadres d'une armée ont pour métier de faire la guerre ou de s'y préparer et il n'est pas déraisonnable d'attendre de leur part qu'ils sachent à quels moyens ils peuvent recourir en vue de triompher de l'adversaire, sans enfreindre les principes du droit de la guerre, c'est-à-dire par où passe la limite entre le toléré et le défendu. Ainsi, est-il permis de dire qu'une erreur qui aurait pu être évitée en usant des précautions élémentaires que requiert la possession d'un commandement important ne saurait être excusable. Ces précautions peuvent consister, par exemple, à s'entourer d'un complément d'information ou à prendre l'avis de spécialistes.

Un tel critère n'a certes rien d'absolu. Si l'existence d'un devoir de vérifier la légalité des ordres doit être exclu a priori lorsque l'inculpé appartient aux échelons inférieurs de la hiérarchie militaire, c'est tout au plus si l'on peut faire montre a priori d'une certaine sévérité aux échelons supérieurs et parmi les dirigeants politiques.

Ainsi, en règle générale, la violation manifeste des lois de la guerre par l'exécutant d'un ordre supérieur exclut l'argument tiré de l'ignorance ou de l'erreur de droit. En dépit des incertitudes qui peuvent régner dans plusieurs domaines importants du droit de la guerre, il existe sans aucun doute des règles universellement reconnues dont la force obligatoire s'impose à tous. La plupart des éléments du statut des prisonniers de guerre, les règles concernant la protection des blessés et malades et un certain nombre de dispositions visant l'autorité militaire en territoire ennemi sont de celles-là.

En revanche, et comme l'observe Oppenheim, l'exécution d'ordres qui ne sont pas manifestement illégaux, notamment lorsqu'il s'agit de principes controversés du droit de la guerre ou encore de l'exercice de représailles légitimes sont autant de circonstances qui "sont probablement suffisantes en elles-mêmes pour dépouiller l'acte de la flétrissure du crime de guerre" (2). A l'exception des cas où l'inculpé aura de toute évidence négligé de prendre les précautions qu'on pouvait raisonnablement attendre de sa part, étant donné son rang, sa position et les autres circonstances de la cause, afin d'éviter son erreur ou son ignorance du droit, l'absence d'intention coupable incite donc à

1) Cf. P. Boissier, op. cit., p. 47 ;

2) Oppenheim-Lauterpacht, op. cit., 7ème éd., 1952, par. 253, p. 569.

admettre ici l'impunité. Le maintien du caractère délictueux de l'acte accompli par l'exécutant de bonne foi ne saurait se justifier en pareil cas (1).

Bien qu'elle aille au-delà de la plupart des autres dispositions analogues, l'ordonnance française de 1944 ne tient donc pas un compte suffisant de la réalité. L'absolution à laquelle les Tribunaux Militaires ont effectivement recouru à plusieurs reprises, mais essentiellement dans le dessein d'en faire la conséquence de la contrainte, laisse subsister la culpabilité. On fait donc grief à l'accusé de n'avoir pas su déceler ce qu'un ordre apparemment légal avait de criminel. Une telle solution est une demi-mesure, incompatible avec la nature du droit de la guerre.

Il faut, certes, lui préférer le système nuancé de la loi belge qui subordonne le rejet de la cause de justification de l'ordre supérieur (art. 70 CPB.) à la constatation par le juge du caractère flagrant de la violation alléguée des lois et coutumes de la guerre ou des lois de l'humanité (2).

1) Coste-Floret, op. cit., D, 1945, Chr. IV, p. 21 ;

2) v. ci-dessus, p. 225.

Paragr. 5.- La contrainte.-

Dans l'affaire I.G. Farben déjà citée, le Tribunal militaire américain de Nuremberg résumait de la manière suivante la doctrine de l'ordre supérieur telle qu'elle résulte du jugement prononcé contre les dirigeants nazis (1) : "Le tribunal militaire international a donc reconnu que si l'ordre émanant d'un supérieur hiérarchique ou du gouvernement ne peut à lui seul justifier la violation d'une règle du droit international (bien qu'il soit de nature à entraîner, le cas échéant, une atténuation de la peine), il a toutefois un effet justificatif lorsqu'il est donné dans des circonstances telles que celui qui le reçoit ne pouvait faire autrement que de s'y conformer" (2).

L'ordre hiérarchique ou le fait que l'acte ordonné soit conforme à la loi interne ne peuvent donc à eux seuls exonérer le subordonné de sa responsabilité au regard du droit des gens. Il faut une circonstance supplémentaire pour que cette responsabilité disparaisse. L'erreur de droit, c'est-à-dire une appréciation erronée sur la conduite à suivre d'après les lois et coutumes de la guerre en est une, ainsi qu'on vient de le voir. La contrainte morale qui peut, dans certains cas, résulter des pressions exercées par le supérieur qui donne ou qui transmet l'ordre à l'inculpé, en est une autre.

Les inculpés de crimes de guerre ont presque invariablement invoqué en même temps l'ordre hiérarchique et la contrainte morale dont cette injonction était, disaient-ils, accompagnée. Le simple fait d'avoir agi en qualité de membre d'une force armée où le lien hiérarchique est par définition plus fort que dans les relations entre civils implique, selon cette argumentation, une soumission à la discipline militaire, et, par conséquent, aux peines prévues par tous les codes pénaux militaires pour le refus d'obéissance, en temps de guerre ou en présence de l'ennemi. Ainsi, l'art. 205 du Code de justice militaire français prévoyait-il la peine de mort avec dégradation militaire pour "tout militaire qui refuse d'obéir, lorsqu'il est commandé pour marcher contre l'ennemi, ou pour tout autre service ordonné par son chef en présence de l'ennemi". Il s'ensuit, a-t-on dit, un dilemme où le subordonné est amené à choisir entre le châtement immédiat que lui vaudrait le refus d'obéir à l'ordre reçu et le châtement à venir pour y avoir donné suite. Il faut, devait-on conclure, libérer le militaire de cette "fourchette de la mort" et admettre que l'ordre équivaut toujours à la contrainte.

1) Cf. Procès, T. I, p. 236 ;

2) Cf. Tribunal Militaire américain de Nuremberg, 29.7.48 ; Carl Krauch (Law Reports, Vol. X, p. 54).

Mais les tribunaux militaires français ont très généralement refusé d'entrer dans des considérations de cet ordre. Ils n'ont admis l'existence de la contrainte morale que lorsque des faits exceptionnels venaient à être établis. Encore, leurs décisions sont-elles trop rares à cet égard pour qu'on puisse en dégager autre chose que des indications sommaires sur l'orientation générale des juridictions militaires dans ce domaine controversé. En confrontant cependant ces quelques jugements avec l'ensemble des arrêts où l'exception de l'ordre supérieur a été soulevée, on est amené à penser que les juges militaires ont apparemment voulu éviter qu'une interprétation par trop libérale de la notion de la contrainte morale ne fasse perdre toute raison d'être à l'art. 3 de l'ordonnance du 28 août 1944. C'est probablement ce qui explique qu'en France, les effets combinés de la contrainte morale et de l'ordre hiérarchique n'ont que rarement été pris en considération.

Aussi, est-ce principalement dans les jugements rendus en Allemagne par les tribunaux militaires d'occupation américains qu'il faut chercher un développement de la théorie de la liberté morale, de la faculté de choisir dégagée par le tribunal militaire international de Nuremberg.

I.- LE DROIT COMMUN ET LES LOIS NATIONALES EN MATIERE DE CRIMES DE GUERRE

1.- Le droit français.-

Suivant les termes de l'art. 64 du Code pénal, "il n'y a ni crime, ni délit", lorsque l'auteur a été contraint "par une force à laquelle il n'a pu résister". La pression dont il a été l'objet a paralysé sa volonté, voire même la conscience qu'il avait du caractère illicite de son acte. L'intention criminelle fait donc défaut. Le Tribunal doit prononcer l'acquittement. "Il ne subsiste ni peine, ni délit" (1).

La contrainte doit être appréciée d'un point de vue subjectif (2). C'est par l'effet qu'elle produit sur la volonté de l'auteur et non par l'existence objective d'une menace quelconque, qu'elle pourra entrer en ligne de compte. Elle est donc inopérante lorsqu'elle est légitime comme c'est le cas de la discipline militaire qui n'est pas ipso jure une cause d'irresponsabilité.

-
- 1) Donnedieu de Vabres "Le Procès de Nuremberg..." op.cit. p.568;
 - 2) Donnedieu de Vabres, Traité ... op. cit., p. 215-216 ; v. aussi Garçon, Code pénal annoté, art. 64, No 158.

En effet, le Tribunal Militaire de cassation de Paris a jugé à ce propos que "les règles impératives de la discipline militaire n'étaient pas sans limite, qu'elles ne constituaient pas une force à laquelle on ne puisse résister lorsqu'il s'agit d'obéir à un commandement manifestement illégal" (1).

C'est évidemment dans l'appréciation des moyens de résistance dont peut disposer l'auteur contre la force à laquelle il est soumis que naissent les principales difficultés.

Duguit reconnaît au subordonné "le droit de résister à tout ordre contraire à la loi, en ne l'exécutant que si la contrainte est employée contre lui, ou en protestant même contre ce qu'il considère comme une violation du droit" (2). Ce droit est en même temps un devoir, car si l'auteur disposait d'un moyen quelconque d'éviter la commission du délit, il ne saurait être justifié (3).

La jurisprudence est non moins sévère (4). La Cour de cassation a jugé notamment qu'une menace ne peut constituer la contrainte prévue par l'art. 64 du Code pénal que s'il a été impossible d'échapper au péril imminent qu'elle faisait naître, sans commettre d'infraction". Une menace concernant des tiers n'était au surplus "pas assez pressante pour excuser un crime dont les conséquences pouvaient être plus graves que le mal évité" (Crim. 20.4.34, B.C., 1944, p. 164) (5). Cette jurisprudence a encore été confirmée dans une affaire *Raleivelina* : le prévenu, qui était resté dans un camp de rebelles à Madagascar pour y instruire des recrues, avait allégué pour sa défense que s'il n'avait pas quitté ce camp, c'était par crainte de représailles dont sa famille aurait pu être victime. Mais la Cour n'a pas retenu ce moyen : Pour exonérer l'auteur d'un crime ou d'un délit de toute responsabilité, l'exception tirée de la contrainte morale (ou physique), qui est laissée à la charge de l'inculpé

"... ne peut être utilement invoquée qu'autant qu'elle se fonde sur des faits et circonstances parfaitement établis desquels il résulte qu'il était impossible d'échapper à un péril imminent né de ces faits et circonstances sans commettre l'infraction" (6).

-
- 1) Trib. Mil. Cass. Paris, 25.1.45 (Juglart, Répertoire...op. cit. p. 19) ;
 - 2) Duguit, Traité de droit constitutionnel, 2ème éd., T. III, 1923, par. 72, p. 285 ;
 - 3) Donnedieu de Vabres, Traité... op. cit. p. 216 ;
 - 4) Bouzat, Traité ... op. cit. No 257, p. 210 et jurisprudence citée ; v. aussi Glaser, op. cit. (RDPC. janv. 1953, p. 285, note 4) ; comp. Travers, op. cit. No 963, p. 462, Tome II ;
 - 5) Juglart, ibid. p. 18 ;
 - 6) Cass. 29.12.49 (Gaz. Pal. 12.5.50 - JCP. 1950, II, 5614 - D. 1950, I, 419).

Magnol approuve les juges de la Chambre criminelle "qui ont à bon droit refusé de prendre en considération la simple allégation par le prévenu d'une menace qui n'était ni assez pressante ni assez directe pour lui enlever sa liberté d'esprit" (1).

Cependant, il est admis généralement que les Tribunaux sont fondés à traiter avec plus d'indulgence les militaires que les civils (2). En effet, selon Juglart, les civils sont censés être en mesure "de discuter les ordres qu'ils reçoivent de leurs supérieurs, aussi considère-t-on en général qu'ils commettent une faute s'ils exécutent un ordre qu'ils estiment illégal" (Crim. 20.9.1894, Bull. crim. 1895, p. 386 ; Cons. d'Etat, 10.11.1944, JCP. 1945, II, 2852 et note Chavanon - D. 1945, J. p. 87, avec les conclusions de M. Chenot (3).

Cette différence de traitement se traduit par une sanction: du refus d'obéissance dans le droit pénal militaire. Les peines prévues par l'art. 205 du Code de justice militaire de 1928 déjà cité vont de l'emprisonnement pour un à deux ans jusqu'à la peine de mort avec dégradation militaire lorsque l'inculpé était "commandé pour marcher contre l'ennemi, ou pour tout autre service ordonné par son chef en présence de l'ennemi" (4).

Telles sont les "règles impératives de la discipline militaire" auxquelles fait allusion l'arrêt du Tribunal militaire de cassation de Paris déjà cité et dans lesquelles l'inculpé ne pourra chercher une cause d'irresponsabilité que dans l'hypothèse où l'ordre qu'il a exécuté n'était pas "manifestement illégal". En principe, seuls les ordres légaux doivent être obéis et, par conséquent, seul le refus d'obéir à de tels ordres doit être sanctionné des peines prescrites par l'art. 205 CJM. Ce refus d'obéissance devient un devoir lorsque l'ordre viole le droit d'une manière flagrante. Le seul cas limite admis est celui où l'inculpé avait cru de bonne foi être en droit d'agir, l'ordre qui lui était donné ayant toutes les apparences de la légalité.

Ce mécanisme, dont les principaux rouages ont déjà été étudiés dans le paragraphe précédent, paraît sans défaut tant que le droit interne est seul appliqué. Mais il faut convenir que dans le cas d'une violation des lois de la guerre, la situation du militaire sera beaucoup plus délicate, étant donné les difficultés qui pourront se faire jour lorsqu'il s'agira d'apprécier le caractère plus ou moins manifestement criminel des ordres don-

- 1) J. Magnol, Chronique de jurisprudence, Droit pénal général (RSCDPC, 1950, p. 195) ;
- 2) Hugueney, Traité, p. 398 ;
- 3) M. de Juglart, JCP. 1946, I, 499 ; v. aussi Travers, Le droit pénal intern., op. cit. T. I, p. 445, n. 1 ; comp. cependant ibid. Tome II, No 967, p. 468 ;
- 4) Hugueney, Traité, p. 568.

nés, non seulement au regard du droit interne, mais aussi du droit international. Dans ce domaine, il semble que le moindre doute doive être interprété en faveur de l'inculpé (1). Tant que la répression des crimes de guerre dépendra du sort des armes, il est bien clair qu'entre un châtement immédiat et irréparable pour refus d'obéissance et une hypothétique sanction pour avoir exécuté l'ordre violant le droit de la guerre, le choix s'orientera pour le plus grand nombre vers la commission du crime de guerre. L'art. 205 CJM. qui n'est d'ailleurs pas resté lettre morte (2), trouve son parallèle dans la plupart des législations et il est constant dans ce domaine que les pouvoirs attribués aux officiers allemands à la fin de la 2ème guerre mondiale étaient particulièrement étendus. L'art. 94 du Code pénal militaire allemand de 1940 concernant le refus d'obéissance prévoyait la peine de mort ou celle des travaux forcés à perpétuité lorsque l'infraction était commise en campagne ou s'il s'agissait d'un cas particulièrement grave. En outre, l'ordonnance relative "au droit pénal exceptionnel en temps de guerre et au cours d'affectations spéciales" du 17 août 1938 aggravait jusqu'à la peine capitale les sanctions prévues à l'encontre des personnes soumises à la procédure militaire qui auraient commis "des actes punissables contre la discipline ou le moral de la troupe" (3). On cite même un ordre du 20.7. 1944 autorisant les soldats de même rang ou même les subordonnés à exécuter ceux qui se seraient rendus coupables de sabotage, de désertion ou de refus d'obéissance (4).

L'art. 3 de l'Ordonnance française du 28 août 1944 ne fait mention, il est vrai, que du fait justificatif "au sens de l'art. 327 du code pénal" en sorte que seul "l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime" sont privés de leur effet justificatif sur la responsabilité de l'exécutant. La contrainte de l'art. 64, et notamment la contrainte morale, conserve donc en principe l'influence qu'elle a dans le droit commun" et le juge a toute latitude d'appliquer, soit l'art. 3 de l'ordonnance de 1944, lorsque l'ordre supérieur est seul invoqué, soit l'art. 64 du code pénal lorsque les éléments de la contrainte lui paraissent également réunis. Dans le premier cas, il prononcera un verdict de culpabilité et ne tiendra compte de l'ordre reçu qu'en vue d'une atténuation, voire d'une exemption de la peine. Dans le second, en revanche, il devra acquitter.

-
- 1) Garçon, Code pénal annoté, art. 64, No 170 ;
 - 2) M. de Juglart, Répertoire, op. cit. p. 293 ;
 - 3) RGBl. 1938, I, p. 1455 (trad. CICR, p. 115) ; v. aussi Limmert op. cit., p. 113 ;
 - 4) Aschenauer "Landsberg" Munich, 1951, p. 22.

Les Tribunaux Militaires français se sont montrés particulièrement réservés pour admettre cette cause d'irresponsabilité en faveur des inculpés de crimes de guerre. Non que la contrainte n'ait été fréquemment invoquée devant eux, mais parce que les conditions requises par l'art. 64 ne leur ont que rarement paru réunies. Les juges français disposaient cependant là d'un moyen de corriger ce que l'art. 3 de l'ordonnance de 1944 pouvait avoir de trop absolu. S'ils n'en ont pratiquement pas usé, il faut chercher la raison de cette sévérité dans le souci qui a présidé aux premiers jugements rendus, d'assurer une répression particulièrement ferme en présence de crimes qui étaient douloureusement restés dans toutes les mémoires et qui avaient frappé de larges couches de l'opinion publique (1).

Pourtant les faits de contrainte avérée n'ont pas manqué.

Ainsi, dans une affaire Hagt, le Tribunal Militaire de Toulouse a-t-il refusé de tenir compte des menaces de mort directes dont l'inculpé avait été l'objet. Au cours d'une perquisition à Saint-Girons, le sergent Hagt avait reçu le 12.7.44 de l'inspecteur des douanes Dreier, son chef direct, l'ordre d'exécuter un civil. Hagt ayant cherché à se dérober à cet ordre, l'inspecteur Dreier le lui réitéra en le menaçant de son arme. "Je vous donne trois minutes de réflexion", dit-il, "le prisonnier ou bien vous". Hagt ne fit que blesser la victime que Dreier acheva. Hagt a été reconnu coupable d'assassinat, mais condamné aux travaux forcés à perpétuité (2). Dans une affaire Reese et autres, le Major Esser, commandant du Fort de Penthièvre, avait reçu du Colonel Reese l'ordre de faire fusiller 50 ressortissants français, condamnés comme terroristes par un Tribunal allemand. Dans le dessein de se soustraire à cet ordre, le major Esser invoqua à deux reprises des difficultés d'exécution, mais sans succès. A l'audience de jugement, le Colonel Reese déclara qu'il aurait fait fusiller Esser s'il n'avait pas exécuté ses ordres. Esser a été reconnu coupable de complicité d'assassinats, mais le Tribunal l'a fait cependant bénéficier des circonstances atténuantes en prononçant les Travaux forcés à perpétuité (3). Dans l'aff. de Rimont, le sergent Ackermann avait reçu de son chef direct l'ordre d'incendier les maisons du village où un engagement avec la Résistance venait de se produire. Le Lt Helfer avait ajouté qu'un refus d'obéissance entraînerait son renvoi devant un Tribunal Militaire et la peine capitale. Ackermann fut déclaré coupable et condamné à la peine de 10 ans de travaux forcés avec le bénéfice des circonstances atténuantes (4). Dans les aff. d'Apremont et de la Roche-sur-Yon, l'adjudant-

- 1) Glaser, op. cit. RDPC. Janv. 1953, p. 283 et s.; Bouzat, Traité théorique et pratique de droit pénal, 1951, p. 205, Coste-Floret, op. cit., D. 1945, p. 21 ;
- 2) Trib. Mil. de Toulouse, 29.1.46 ; Hagt ;
- 3) Trib. Mil. de Rennes, 9.5.47 ; Reese ;
- 4) Trib. Mil. de Toulouse, 16.4.46 ; Ackermann.

chef Dammasch avait reçu le 31.8.44 l'ordre du Capitaine de vaisseau Willberg de passer par les armes trois civils français arrêtés à la suite d'un engagement avec la Résistance. Dammasch tenta de se dérober à cet ordre à deux reprises, mais le capitaine Willberg ayant menacé de faire usage de son arme en cas de refus d'obéissance, l'inculpé exécuta les trois civils. Le lendemain, la même scène se reproduisit à l'occasion de l'exécution d'une nouvelle victime. Dammasch fut reconnu coupable d'assassinats, mais condamné à 5 ans de travaux forcés (1). Dans l'aff. Carl Bauer et autres, trois résistants ayant été capturés à la suite des combats qui s'étaient déroulés dans la région d'Autun, le 9.9.1944, le Colonel Bauer donna l'ordre au colonel Schrameck de les faire fusiller et le Lt Falten fut chargé de l'exécution. A l'audience, Bauer invoqua l'ordre général donné par Hitler au mois d'avril 1944 au sujet de l'exécution des combattants irréguliers, Schrameck invoqua l'ordre qu'il avait lui-même reçu, qui était "catégorique" et "ne laissait pas de place à la discussion" et Falten celui que Schrameck lui avait donné. Bauer fut condamné à mort et les deux autres accusés à 5 ans d'emprisonnement chacun (2).

Il est remarquable de voir en revanche que la Cour de cassation a admis la contrainte dans une affaire d'exportation frauduleuse de marchandises :

"Est à bon droit relaxé, par application de l'art. 64 du code pénal, comme ayant agi sous la contrainte d'une force irrésistible, le prévenu d'exportation frauduleuse de marchandises, dès lors qu'il est constaté que ce prévenu, en procédant sous le contrôle et sous la surveillance de la Wehrmacht aux exportations frauduleuses visées dans la poursuite, n'a été qu'un instrument passif devant les ordres de ses supérieurs militaires auxquels il était contraint d'obéir" (3).

On entend bien que la contrainte, qui s'apparente souvent de près à l'état de nécessité, implique le sacrifice d'un bien pour la sauvegarde d'un autre et que ce qui importe, c'est la valeur relative des biens en présence et non la valeur absolue du bien sauvegardé (4). Bien que la Chambre criminelle de la Cour de cassation ne se soit pas expliquée sur la nature du danger qui menaçait Bley en cas de refus d'obéissance, on peut admettre qu'un régime dictatorial comme celui du IIIème Reich disposait de moyens de pression suffisamment graves pour que ses moindres ordres soient

1) Trib. Mil. de Bordeaux, 7.9.49 ; Dammasch ;

2) Trib. Mil. de Dijon, 18.10.45 ; Bauer, Law Reports, Vol. VIII, p. 15 ;

3) Cass. crim. 29.12.48, Administr. des douanes c/ Bley et de Chilly, JCP. 1948, 4378-1949, 4681 ;

4) Cf. Donnedieu de Vabres, Traité, p. 225.

obéis sans aucune velléité d'opposition et que le risque, par exemple, de disparaître dans un camp de concentration ou dans les mains de la police, le cédait à celui, très hypothétique, de comparaître plus tard devant les juges français sous l'accusation d'exportation frauduleuse de marchandises.

Cependant, il semble que, malgré la gravité des crimes dont ils étaient saisis, les tribunaux militaires français n'ont pas tenu un compte suffisant des circonstances particulières dans lesquelles ces violations du droit international avaient été commises. Sans doute, ont-ils trouvé dans la jurisprudence des tribunaux de droit commun des précédents qui militaient en faveur de la plus grande prudence. La doctrine s'est d'ailleurs employée à les maintenir dans cette attitude réservée (1). En outre, l'horreur des actes qu'ils étaient le plus souvent appelés à juger, le fait que l'inculpé d'aujourd'hui était l'ennemi d'hier, et les conditions dans lesquelles les victimes, toutes françaises, avaient trouvé la mort, ont encore confirmé, s'il était possible, une telle tendance.

Mais ces contingences ne sauraient faire mettre en doute l'existence objective de cas où la contrainte exercée a certainement été méconnue. Le caractère exceptionnel de la notion même de crime de guerre a incité les tribunaux militaires français à accentuer encore la rigueur d'une jurisprudence dont la sévérité était adaptée au temps de paix. Il aurait dû au contraire les amener à réviser des critères d'appréciation qui ne pouvaient être maintenus sans autre pour des actes commis "à l'occasion de la guerre". En dépit de l'exceptionnelle gravité de la plupart des crimes de guerre, il reste que là où des faits de contrainte avaient été pourtant clairement établis, on s'est borné à voir de simples ordres. D'une cause de non-imputabilité, dont le bénéfice était théoriquement ouvert aux accusés, on a fait, non sans quelque arbitraire, un fait justificatif que l'art. 3 de l'ordonnance du 28 août 1944 permettait précisément d'écarter, pour ne retenir que l'atténuation et, dans la meilleure des hypothèses, l'exemption de la peine.

2.- Les autres législations internes.-

L'art. 64 du code pénal français se trouve reproduit presque textuellement dans les droits belge et luxembourgeois. L'art. 71 du code pénal belge prévoit en effet : "Il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment des faits ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister". L'art. 71 du code pénal luxembourgeois est conçu dans les mêmes termes.

1) Cf. Coste-Floret, op. cit. (D. 1945, p. 21).

La contrainte est donc également une cause d'irresponsabilité. Cependant, la rédaction nuancée de l'art. 3 de la loi belge du 20 juin 1947 rejetant le fait justificatif de l'ordre supérieur uniquement lorsqu'il constitue une violation flagrante des lois et coutumes de la guerre permet au tribunal de prononcer la relaxe sans avoir nécessairement recours à la notion de contrainte, la question de savoir si la violation commise était flagrante ou non relevant des juges du fond (1). Mais on peut admettre, à l'exemple de l'ordonnance française de 1944, que l'exclusion, même conditionnelle du fait justificatif de l'ordre supérieur, ne vise pas non plus la cause d'irresponsabilité tirée de la contrainte.

La plupart des autres droits recourent à la notion de l'état de nécessité qui, dans le droit français, est presque exclusivement une construction de la doctrine et de la jurisprudence (2).

Tel est le cas du droit anglo-saxon. Selon Wharton, l'état de nécessité constitue une excuse "lorsqu'il est établi que l'acte poursuivi a été commis en vue d'éviter un danger à la fois grave et irréparable, lorsqu'il était impossible de le détourner autrement et lorsque le remède n'était pas disproportionné avec le mal". Toutefois, la vie ne peut ordinairement être sacrifiée par celui qui invoque l'état de nécessité" que pour la préservation de sa propre vie, ou pour la préservation de la vie de parents au premier degré" (3). L'appréciation de l'importance du danger couru par l'inculpé doit tenir compte du point de vue de l'inculpé et non de celui du tribunal ou d'une personne idéale. Il ne suffit pas que le danger ait existé, il faut que l'auteur ait cru de bonne foi à son existence. Le tribunal militaire américain qui a statué dans l'affaire Krupp résume ainsi la doctrine américaine de l'état de nécessité : "En vertu des règles de l'état de nécessité, la contrainte doit s'exercer sur la volonté de l'accusé au point de le forcer à faire ce qu'il n'aurait pas fait autrement" (4). "L'état de nécessité contraignant un homme à commettre un acte constitue une cause de justification, car aucun homme ne peut être coupable d'un crime si l'intention criminelle fait défaut. Lorsqu'un homme subit une contrainte absolue, résultant d'un véritable état de nécessité, sa volonté ne coïncide pas avec l'acte qu'il accomplit" (5). Dans l'affaire Leeb (procès du haut-

1) Cf. Cass. (belge) 2ème ch., 4.7.49 (RDFC. juillet 1949, p. 986);

2) Cf. Donnedieu de Vabres, *Traité*, p. 211 ;

3) Cf. Wharton's *Criminal Law*, Vol. I, Sect. 126, p. 177 ;

4) Cf. Tribunal Militaire américain de Nuremberg, 30.6.48 ; Krupp (*Law Reports*, Vol. X, p. 149) ;

5) Cf. Lord Mansfield Stratton's Case, 21 How. St. Tr. (Eng.) 1046-1223 (cité dans *Law Reports*, Vol. X, p. 149) ;

commandement), le Tribunal américain de Nuremberg reprend à son compte le principe de base de la liberté morale de choisir : "Pour admettre l'excuse de la violence ou de l'état de nécessité, il faut établir l'existence de circonstances telles qu'un homme raisonnable y aurait perdu la faculté de choisir entre le bien et le mal" (1).

Cependant, Sack estime qu'un danger imminent pour la vie de l'auteur n'est pas une excuse pour son acte. Il a été jugé, d'autre part, en ce qui regarde le risque d'encourir une peine pour refus d'obéissance à l'égard d'un ordre illégal, que "l'ordre peut entraîner une atténuation de la peine, mais il ne saurait justifier" (Mitchell v. Harmony, 1851, 54, US, p. 570) (2).

C'est l'attitude qu'avait adoptée en 1884 la Cour criminelle centrale de Londres dans la célèbre affaire de "La Mignonette". Les naufragés avaient mangé l'un des leurs pour survivre et la Cour les avait condamnés à mort, estimant que personne n'est en droit de sacrifier la vie d'autrui pour sauver la sienne propre. Leur peine avait été cependant commuée en 6 mois d'emprisonnement (3). Aussi, l'état de nécessité n'est-il pas considéré comme une cause d'exonération de la responsabilité, mais seulement comme une cause d'atténuation de la peine (4). La pratique des Tribunaux britanniques s'écarte sur ce point de la doctrine américaine qui, ainsi que le relève Miller, est d'ailleurs incertaine (5). Elle n'admet pas que l'inculpé soit justifié lorsque le délit nécessaire a pour effet d'ôter la vie à une personne innocente (6).

Cette dernière attitude est celle de la loi norvégienne du 24 mai 1946 dont l'art. 5 exclut aussi bien l'état de nécessité que l'ordre supérieur en tant que faits justificatifs, tout en accordant au juge la faculté d'en tenir compte en vue

- 1) Cf. Tribunal militaire américain de Nuremberg, 28.10.48 ; Leeb (Law Reports, Vol. XII, p. 72 - trad. p. 56) ;
- 2) Sack, Punishment of War Criminals and the defense of superior orders (The Law Quarterly Review, Janv. 1944, Vol. 60, p. 64) ; Glaser, op. cit., p. 285 ;
- 3) Donnedieu de Vabres, Traité, p. 223 ;
- 4) Law Reports, Vol. V, p. 16 et 21 ;
- 5) Miller, Handbook of Criminal Law, 1934, p. 168 ;
- 6) Dans ce sens : Harris-Wilshire, Criminal Law, 17ème éd. 1943, p. 23, cité par Weber, op. cit. p. 18, n. 44 ; cf. Tribunal Militaire britannique de Hambourg, 24.8.48, Valentin Fuerstein (Law Reports, Vol. XV, p. 173) ; Tribunal Militaire canadien, d'Aurich, 6.4.46, Robert Holzer (Law Reports, Vol. V, p. 16 et 21) ; voir aussi Law Reports, Vol. XI, p. 47.

d'une atténuation de la peine (1). L'art. 5 de la loi polonaise du 11. déc. 1946 prévoit la même solution, bien qu'il ne fasse allusion qu'à l'hypothèse d'un acte ou d'une omission causé par "une menace, un ordre ou un commandement" (2). La loi tchécoslovaque No 22 du 24 janv. 1946 tient compte de l'appartenance de l'auteur à une organisation criminelle. L'art. 13, ch. 3, stipule en effet que la contrainte irrésistible qui résulte d'un ordre supérieur n'exonère pas l'auteur de sa responsabilité lorsqu'il fait partie de son plein gré d'une organisation dont les membres se sont engagés à exécuter tous les ordres qu'ils reçoivent, y compris les ordres criminels (3).

En revanche, l'acte commis en état de nécessité n'est pas punissable aux termes de l'art. 40 du code pénal néerlandais, lequel demeure applicable sans modification aux crimes de guerre. Le Code pénal pour les ex-Indes néerlandaises contient à son art. 48 une disposition semblable (4). Le paragr. 52 du Code pénal allemand est d'ailleurs rédigé dans le même sens : "Il n'y a pas de crime lorsque l'inculpé a été contraint de commettre son acte par une force irrésistible ou par une menace représentant un danger immédiat pour sa vie et son intégrité corporelle ou celles de ses proches et lorsque ce danger ne pouvait être évité d'une autre manière" (5).

On peut dire, par conséquent, que, dans la généralité des cas, les lois nationales en matière de crimes de guerre n'ont pas modifié les règles du droit commun sur la contrainte qui est retenue tantôt comme une cause d'irresponsabilité, tantôt comme une cause d'atténuation de la peine. La question est maintenant de savoir à quelles conditions les tribunaux chargés de la répression des crimes de guerre ont estimé que devait répondre la notion de contrainte pour conserver les effets que lui attribue le droit commun.

-
- 1) Law Reports, Vol. V, p. 20 ; v. aussi H. Sund, Les criminels de guerre en Norvège et la répression de leurs délits (RDPC, 1947, p. 705) ;
 - 2) Law Reports, Vol. V, p. 20-21 ; voir aussi T. Cyprian et J. Sawicki, Le droit polonais dans la lutte contre l'hitlérisme et la collaboration, Revue juridique démocratique (RSCDPC, 1948, p. 655) ;
 - 3) Law Reports, Vol. V, p. 21 ; et RIDP. 1948, p. 65 ;
 - 4) Law Reports, Vol. XV, p. 174 et Vol. XI, p. 102 ;
 - 5) Law Reports, Vol. X, p. 147 ; comp. art. 34 Code pénal suisse.

II.- LES ELEMENTS DE LA CONTRAINTE DANS LE DOMAINE DES CRIMES DE GUERRE COMMIS SUR ORDRE

1.- Les conditions dans lesquelles l'ordre est donné.-

a) Dans le cas où la contrainte est liée à l'exécution d'un ordre supérieur, les conditions dans lesquelles cet ordre est donné influent certainement pour une part importante sur la volonté criminelle de l'auteur. En présence d'un ordre de commettre l'acte qu'il reconnaît être contraire au droit, le subordonné se sentira d'autant plus fortement obligé d'obéir que l'ordre aura été donné d'une manière plus catégorique ou laissant moins de place à l'équivoque et, par conséquent, d'autant moins capable de s'y dérober. A l'inverse, si l'ordre prête à interprétation ou si une certaine liberté d'appréciation est même laissée au subordonné, on ne saurait parler de contrainte, pas plus d'ailleurs que d'état de nécessité et la responsabilité du subordonné demeurera engagée. Seule la peine pourra faire l'objet d'une éventuelle atténuation.

On peut se demander tout d'abord s'il faut un ordre spécial ou si des instructions générales suffisent pour engendrer la contrainte.

Selon Berthélémy, "il faut que le coupable prouve qu'il a reçu non pas un ordre général, mais un ordre spécial s'appliquant à l'acte commis" (1). De même, Daniel estime "qu'en aucun cas, des instructions générales, une autorisation (même spéciale) ou une exhortation (accompagnée ou non de promesses de récompense) ne sauraient être assimilées à des ordres formels ou servir de base pour admettre qu'il y a eu contrainte" (2).

Peut-être convient-il ici de distinguer.

Il est évident, comme le note Travers, qu' "une autorisation n'est pas une contrainte" (3), puisqu'elle laisse précisément sa liberté d'action au subordonné. Le fait que les supérieurs auraient laissé faire est également inopérant. Renault déclare dans ce sens que "le fait que les soldats auraient agi sous l'oeil bienveillant des officiers ne les justifierait en rien du tout" (4). Il est donc nécessaire que, pour donner naissance à la contrainte, les ordres soient formels, positifs.

Quant à la simple exhortation, elle n'équivaut sans doute pas non plus à un ordre, aussi l'attrait d'une récompense ne saurait-il constituer un élément de contrainte. Il n'en

1) Cf. Berthélémy, Société générale des prisons (Revue pénitentiaire, T. XXXIX, p. 443, 1915) ;

2) Cf. Daniel, op. cit. p. 172 ;

3) Cf. Travers, le droit pénal international, p. 446 (T.I) ;

4) Cf. L. Renault (Revue pénitentiaire, T. XXXIX, 1915, p. 441) ;

irait autrement que dans l'hypothèse où l'exhortation serait accompagnée de menaces graves et précises pour le cas où le subordonné n'y donnerait pas suite.

En revanche, on ne peut admettre a priori que des ordres (ou des instructions) généraux ne soient jamais de nature à créer la contrainte. Comme l'indique Travers, "l'ordre général ne peut parfois pas plus être éludé qu'un ordre spécial" (1). Le fait qu'un ordre s'adresse à une pluralité d'exécutants n'est donc pas un motif suffisant pour rejeter la contrainte.

Ainsi, dans une ordonnance du 3 février 1944, du Commandement en chef des forces allemandes de l'Ouest, le Général Sperrle prescrivait pour la lutte contre les terroristes la riposte immédiate par les armes à feu, l'incendie immédiat des maisons d'où les coups de feu sont partis. "Peu importe, ajoute le texte, que des innocents soient frappés. Ce sera la faute des terroristes. Les chefs qui feront montre de faiblesse dans la répression seront sévèrement punis. Par contre, ceux qui dépasseront les ordres reçus et se montreront trop sévères n'encourront aucune sanction" (2).

Un tel ordre semble revêtir toutes les apparences d'une obligation absolue, étant donné les menaces dont il est accompagné à l'endroit de ceux qui auraient pu être tentés de s'y dérober. Mais les nombreux procès ouverts devant les tribunaux militaires français contre les auteurs et complices présumés d'exécutions de partisans et de francs-tireurs montrent que les ordres généraux analogues à celui qui vient d'être cité, faisaient l'objet d'interprétations diverses. Pour certains des chefs militaires auxquels ils étaient distribués, leur caractère impératif ne faisait aucun doute et les instructions sévères qu'ils donnaient à leur tour à leurs subordonnés témoignaient de l'importance qu'ils attachaient à ne pas être pris en faute. Pour d'autres, en revanche, et notamment pour ceux qui, par hasard ou par tempérament, disposaient d'une autonomie plus considérable, il semble que les ordres généraux aient été en même temps sujets à interprétation.

On ne saurait donc formuler à ce propos de règle générale ni dans un sens ni dans l'autre. La solution dépend des circonstances de chaque espèce, telles qu'elles se présentaient à l'inculpé.

Il y a lieu de relever que l'existence de la contrainte est également fonction des possibilités de contrôle qui s'offrent au supérieur qui donne l'ordre. Ainsi, le fait d'exiger un rapport d'exécution, ou à plus forte raison, la présence effective du supérieur, les réprimandes qu'il adresse au subordonné qui

1) Cf. Travers, *ibid.* ;

2) Cf. Procès, T.V, p. 456.

tarde à lui obéir, la réitération de l'ordre, accompagnée ou non de menaces, sont autant d'éléments de contrainte.

Mais ce ne sont certes pas là des conditions nécessaires. D'une manière générale, la contrainte ne pourra naître que d'ordres formels, généraux ou non, mais qui ne prêtent à aucune équivoque, ni sur leur contenu, ni sur la détermination de leurs auteurs à être obéis.

b) Si les conditions matérielles dans lesquelles l'ordre criminel est donné influent sur l'existence de la contrainte, il en va de même en ce qui regarde l'autorité dont cet ordre émane.

Mais là où seul l'ordre supérieur est en cause, l'effet justificatif dépend à la fois de sa conformité avec la loi et de la légitimité de l'autorité qui l'a donné. Un ordre légal d'une autorité incompétente ne justifie pas plus l'exécutant que l'ordre criminel donné par l'autorité légitime (1).

En revanche, pour que le subordonné qui a reçu l'ordre puisse invoquer avec succès la contrainte subie, il importe peu de quelle source elle émane, pourvu que l'auteur ait cédé "à une force à laquelle il n'a pu résister". La compétence ou la légitimité du chef n'est donc pas nécessairement en cause.

Sans doute, la contrainte dépend-elle, dans la généralité des cas intéressant les crimes de guerre, de l'obéissance hiérarchique due aux supérieurs légitimes et des sanctions qu'ils sont en droit de prendre contre leurs subordonnés en cas de refus d'obéissance.

Mais si elle résulte en définitive du fait qu'elle a dépassé la mesure de la contrainte ordinaire et légitime issue des règles de la discipline militaire, on peut théoriquement admettre aussi qu'une force irrésistible puisse naître du commandement d'une autorité illégitime. C'est le corollaire du principe suivant lequel l'ordre supérieur ne provoque pas nécessairement la contrainte au sens où l'entend l'art. 64 CPF.

Les cas où l'auteur du crime a cédé sinon à l'ordre, du moins à la pression d'une autorité à laquelle il ne devait pas obéissance sont évidemment exceptionnels. On peut relever cependant que le Tribunal Militaire américain de Nuremberg s'est exprimé à ce sujet dans l'aff. des "Einsatzgruppen", à propos de laquelle il a relevé que le qualificatif de supérieur appliqué à l'injonction reçue par celui qui se prévaut de la contrainte dont il a été l'objet, vise avant tout l'ascendant personnel et le pouvoir matériel de contraindre autrui à accomplir des actes contre son gré. "Cela ne signifie pas seulement une supériorité en grade" - ajoute le Tribunal - "Il peut aisément arriver que dans une entreprise illégale, le capitaine entraîne le major et, dans ce cas,

1) Donnedieu de Vabres, Traité, p. 240.

le capitaine ne pourra invoquer l'ordre supérieur pour justifier son crime" (1). Dans l'aff. Sadaichi, Le Tribunal Milit. britannique de Singapour s'est, au contraire, prononcé sur le cas du supérieur. Sadaichi était commandant d'un camp de prisonniers de guerre et il fut condamné pour avoir donné son consentement à la commission de crimes à leur préjudice. Cependant, les juges paraissent avoir tenu compte dans l'appréciation de la peine de l'influence qu'il avait subie de la part de son adjutant, apparemment plus entreprenant que lui-même (2).

Il peut se faire que des subordonnés sollicitent ou même provoquent les ordres. On ne saurait dans leur cas parler de contrainte. Ils ont plutôt joué le rôle d'instigateurs et doivent être punis comme tels, sans que les liens de subordination auxquels ils sont assujettis puissent avoir d'influence ni sur leur responsabilité ni sur leur peine.

Quant aux supérieurs, leur rang leur fournit précisément les moyens de résister à des pressions de cet ordre et on voit mal sur quelle base il serait possible de leur accorder le bénéfice de circonstances atténuantes. En fait, les auteurs du crime ont cherché à couvrir leur responsabilité en réclamant de leurs supérieurs une assistance qu'ils ont eu la faiblesse de leur accorder. Seules, les règles de la complicité paraissent applicables aux uns et aux autres. Il ne pourrait en être autrement que dans l'hypothèse où le subordonné serait en mesure de préférer des menaces suffisamment graves pour que le supérieur soit amené à lui céder, de crainte, par exemple, que la révélation de son manque de zèle n'incite ses propres chefs à prendre des sanctions à son égard. Mais il est clair que par ce détour, c'est encore de la crainte des supérieurs et non de celle du subordonné que découle en fait la contrainte.

La distinction faite par les Tribunaux américain et britannique paraît donc de peu de portée pratique.

Cependant, si la supériorité du rang et - à égalité de rangs - l'ancienneté, confèrent en principe l'autorité légitime génératrice possible de contrainte, des difficultés peuvent se produire lorsque ces pouvoirs de commandement émanent de sources différentes.

Dans le cas de l'Allemagne, la mobilisation complète du pays en vue de l'effort de guerre a entraîné la plupart du temps des assimilations de grades entre les unités de l'armée régulière et celles des SS, formation d'origine politique intégrée dans les forces armées dès le début des hostilités. La situation était, sans doute, moins nette en ce qui regarde les unités de police d'occupation (Sicherheitsdienst ou S.D. et Sicherheitspolizei ou Sipo). Tantôt, les officiers de

1) Law Reports, Vol. VIII, p. 91 ;

2) Trib. Mil. britannique de Singapour, 4.2.46; Gozawa Sadai-chi - Law Reports, Vol. XV, p. 175.

la Wehrmacht ont prétendu ne pas avoir d'ordres à recevoir des organes de police, tantôt ils ont invoqué en revanche la contrainte absolue dont ils étaient l'objet de la part d'une police toute puissante, apte à peupler les camps de concentration même des généraux les plus illustres. Cependant, dans la majorité des cas, l'absence des exécutants - disparus ou en fuite - n'a permis de poursuivre que les chefs et les Tribunaux Militaires français ne paraissent pas avoir fait parmi eux d'autre distinction qu'entre les instigateurs et les simples complices (1).

Les poursuites pour crimes de guerre commis en exécution de jugements prononcés par des Tribunaux Militaires Allemands ont été rares, car la très grande majorité des exécutions capitales de civils, d'otages et de francs-tireurs n'avaient été précédées d'aucune procédure judiciaire. Et dans ces cas exceptionnels, seuls les juges, voire les geôliers - lorsque des mauvais traitements en cours de détention étaient en cause - ont été poursuivis. On peut donc penser que les exécutants immédiats, les soldats qui faisaient partie du peloton d'exécution n'étaient pas considérés comme responsables. En premier lieu, sans doute, parce qu'ils n'occupaient pas un rang ou une position qui leur permettaient de vérifier la légalité du jugement qu'ils étaient chargés d'exécuter, mais également parce que l'autorité qui s'attache aux décisions d'un Conseil de guerre et la crainte des sanctions que ces mêmes juges pourraient prononcer en cas de refus d'obéissance sont des sources certaines de contrainte (2).

2.- La gravité et l'imminence du danger couru.-

L'état de nécessité suppose que l'auteur a été placé devant un choix : Commettre le crime ou sacrifier un bien appartenant à lui-même ou à autrui. Dans le cas de la contrainte, il a cédé à une force supérieure à sa propre volonté. Dans les deux hypothèses, il s'agit de savoir à quelles conditions doit répondre la pression qui s'exerce sur lui pour l'exonérer de sa responsabilité.

a) La plupart du temps, le subordonné n'aura donné suite à l'ordre impératif qui lui était donné que sous les menaces les plus graves. C'est le cas du sous-officier auquel le commandant de compagnie intime l'ordre de passer par les armes des civils appréhendés au cours d'une opération de représailles et réitère ses instructions en menaçant l'intéressé de son

1) Law Reports, Vol. VIII, p. 22 ;

2) Tribunal Militaire de Paris, 9.2.51 ; Ring-Sonnenburg ; comp. Trib. Milit. américain de Shanghai, 15.4.46 ; Shigeru Sawada et 3.9.46 ; Tanaka Hisakasu - Law Reports, Vol. V, p. 1 et 66.

arme (1). Ici, le péril est le plus grave qui soit puisque le subordonné risque de payer de sa propre vie la moindre manifestation de désobéissance. Dans l'interprétation du droit commun, les tribunaux ont coutume de dire que l'auteur était privé d'une partie de son pouvoir de décision ou encore, que l'intention frauduleuse fait défaut. L'impunité s'ensuit, parce que selon Donnedieu de Vabres, il n'existe aucune raison de punir (2).

Dans le domaine des crimes de guerre, l'attitude adoptée par les Tribunaux français ne permet pas de dégager une véritable jurisprudence. En effet, l'arrêt Bley, déjà cité, revêt un caractère trop exceptionnel pour qu'il soit possible d'en tirer argument. La Chambre criminelle n'a pas dit à la crainte de quels périls le prévenu d'exportations frauduleuses avait succombé. Elle s'est contentée de constater qu'étant "sous le contrôle et la surveillance de la Wehrmacht", il n'avait été "qu'un instrument passif devant les ordres de ses supérieurs militaires auxquels il était contraint d'obéir" (3). Peut-être, la Cour aurait-elle été plus sévère si l'accusation avait été plus grave. Quoi qu'il en soit, elle semble avoir admis, sans toutefois les nommer, l'existence de dangers suffisamment considérables pour donner naissance à la contrainte. On ne peut s'empêcher de noter combien l'attitude des juridictions militaires saisies des différents cas cités plus haut - où les inculpés étaient promis à une mort certaine en cas de refus d'obéissance - diffère du point de vue adopté par la Cour de cassation.

Nombre de Tribunaux alliés paraissent avoir suivi l'exemple des juges militaires français et les exceptions fondées sur la contrainte ont très généralement été rejetées lorsqu'elles tendaient à obtenir des verdicts de culpabilité négatifs.

Elles n'ont été admises qu'à titre de circonstances atténuantes et dans la meilleure des hypothèses à titre d'excuse absolutoire (4).

Cependant, l'étude de ces décisions étrangères révèle également de significatives contradictions.

"Aucun Tribunal - ont déclaré d'un côté les juges américains dans l'aff. des "Einsatzgruppen" - ne punira un homme contraint, le pistolet sur la tempe, de procéder à une exécution capitale" (5). Et dans l'aff. Flick, le Tribunal Milit. américain de Nuremberg a également prononcé l'acquittement de quatre industriels allemands accusés notamment d'avoir participé à la mise en esclavage et à la déportation de civils pour le travail forcé et à l'emploi de prisonniers de guerre à des travaux en rapport avec

1) V. ci-dessus ; p. 282 ;

2) Donnedieu de Vabres, *Traité*, p. 223 ;

3) Cass. crim. 29.12.48 (JCP. 1949, II, 4681 ; 1948, II, 4378) ;

4) Trib. Militaire de Bordeaux, 13.1.47 ; Grote, Juncker ;

5) Trib. Milit. amér. de Nuremberg, avril 1948 ; Otto Ohlendorf (*Law Reports*, Vol. VIII, p. 91).

les opérations militaires (1er chef d'accusation). Parlant du règne de terreur qui sévissait à l'intérieur du Reich, le Tribunal déclarait : "Grâce à des hordes d'agents contrôleurs et d'agents de la police secrète, le Reich était omniprésent, prêt à intervenir sans délai par des sanctions impitoyables et immédiates à l'encontre de quiconque se rendrait coupable d'un acte quel qu'il fût, mais qui pourrait être considéré comme faisant obstruction ou sabotant l'exécution des décrets et règlements du gouvernement" (1). Il était connu, selon le commentateur de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, que le sabotage, ou tout ce qui pouvait être qualifié tel, était sanctionné de peines "sommaires et sévères, allant parfois jusqu'à la peine de mort" (2).

En revanche, le Tribunal Milit. britannique de Lunebourg qui a statué dans l'aff. Jepsen paraît avoir adopté un point de vue diamétralement opposé. En effet, le représentant du Ministère public déclarait aux juges :

"La contrainte peut rarement servir d'excuse ; elle ne saurait le faire, à moins que la menace dont le crime commis est censé être le résultat soit celle d'un préjudice immédiat et d'un degré considérablement plus élevé que celui que provoquerait l'obéissance à l'ordre donné ... " (3).

Il est clair que si la valeur du bien sacrifié dépasse celle du bien pour la sauvegarde duquel le crime a été commis, la contrainte ou plus exactement l'état de nécessité ne saurait valablement être invoqué. Dans le cas particulier, cette règle de la proportionnalité des risques paraît s'être appliquée non à la nature, mais bien à l'importance des biens en présence. Jepsen aurait, sous la contrainte, participé à un véritable massacre. C'est le nombre des vies des victimes sacrifiées qui est apparemment pris en considération. Selon le point de vue exprimé par l'Avocat Général britannique, il aurait dû sacrifier sa propre vie pour sauver celles du plus grand nombre.

Il est difficile de fonder aucun critère d'appréciation satisfaisant sur des notions quantitatives. Si la gravité du crime commis et, par conséquent, le nombre des victimes doit certainement jouer un rôle, il semble que l'intention criminelle, source de la responsabilité de l'auteur soit, avant tout, fonction dans ce domaine de la mesure de la force exercée contre lui et du degré de résistance qu'on pouvait raisonnablement attendre de sa part, bien que sur ce dernier point, on se base généralement sur des hypothèses.

- 1) Tribunal Milit. américain de Nuremberg, 22.12.47 ; Flick (Law Reports, Vol. IX, p. 20) ; comp. Lord Russell, Le fléau de la Svastika ;
- 2) Law Reports (Vol. IX, p. 7) ;
- 3) Trib. Milit. britannique de Lunebourg, 23.8.46 ; Jepsen - Law Reports, Vol. XV, p. 46 et 172-3.

Quoi qu'il en soit, l'inculpé ne saurait valablement invoquer la contrainte lorsqu'il y a disproportion évidente entre les biens en présence ou lorsque le crime qui lui est reproché a provoqué chez les victimes des souffrances hors de proportion avec les inconvénients qu'il pouvait lui-même craindre au cas où il avait refusé d'obéir.

Dans l'aff. Krupp, le Tribunal Milit. américain de Nuremberg paraît être revenu sur la jurisprudence de l'aff. Flick. Il a en effet rejeté l'argument tiré de la contrainte qui avait été avancé par les accusés, également industriels allemands, auxquels il était fait grief entre autres d'avoir employé des prisonniers de guerre, des civils étrangers et des internés de camps de concentration à la production d'armements dans des conditions inhumaines (1).

Les juges américains n'ont, en effet, pas admis l'existence d'un véritable état de nécessité. Les accusés avaient déclaré que des contingents de production leur étaient fixés par le gouvernement, qu'ils étaient obligés de s'y conformer et qu'à cet effet, il était nécessaire d'employer des prisonniers de guerre, de la main-d'oeuvre forcée et des internés de camps de concentration, car aucune autre main-d'oeuvre n'était disponible en effectifs suffisants et que s'ils avaient refusé de le faire, les autorités gouvernementales qui exerçaient un contrôle sévère de toutes leurs activités auraient pris contre eux les mesures les plus graves (2). Le Tribunal a basé son attitude sur le fait que la crainte de subir des dommages ou des pertes ne saurait à ses yeux constituer un danger suffisant pour engendrer une véritable contrainte. Il a surtout tenu compte de ce que la volonté des accusés ne lui paraissait pas avoir été paralysée, mais coïncidait au contraire avec les intentions de ceux dont la contrainte alléguée était censée émaner (3).

La Cour des crimes de guerre du Grand-Duché de Luxembourg paraît avoir adopté le même point de vue dans le procès dit des magistrats, faisant sienne cette observation du Prof. Donnedieu de Vabres. "L'obligation d'abandonner la situation de magistrat et de se contenter d'un poste moins rétribué et moins honoré ne peut constituer un mal grave" (4).

b) La similitude des faits et l'antinomie des décisions rendues dans les affaires Flick et Krupp est certes frap-

1) Tribunal Milit. américain de Nuremberg, 30.6.48 ; Krupp (Law Reports, Vol. X, p. 74) ;

2) Ibid., p. 146 ;

3) Ibid., p. 149 ;

4) Cour luxembourgeoise des crimes de guerre, 25.6.49 ; Rahmel, p. 78 ; Donnedieu de Vabres "Le Procès de Nuremberg...", op. cit. p. 281 ; v. aussi Daniel, op. cit., p. 153-154.

pante. Il convient néanmoins d'observer qu'à l'exception des jugements français cités plus haut et de l'arrêt britannique dans l'affaire Jepsen - où la contrainte a précisément été rejetée - la plupart des espèces rapportées visent des inculpés dont le rang ou la position étaient relativement élevés. On pouvait donc avoir de justes motifs d'admettre que des généraux ou des industriels haut placés n'étaient pas soumis à des dangers aussi immédiats, sinon certains, que l'homme dans le rang. Cette appréciation expliquerait dans une certaine mesure que la contrainte ait été si rarement admise aux échelons les plus élevés de la hiérarchie militaire et économique, sans qu'on puisse comprendre toutefois pourquoi cette exclusive a frappé également les échelons subalternes, beaucoup plus dignes d'intérêt.

Ce faisant, les tribunaux compétents en matière de crimes de guerre ont entendu confirmer cette autre règle du droit pénal interne : la menace à laquelle le subordonné a cédé doit avoir été suffisamment pressante, le danger couru devait être imminent.

Est-il nécessaire que l'auteur du crime soit l'objet d'une menace de mort directe - comme c'était le cas de l'adjudant-chef Dammasch dans l'affaire d'Apremont déjà citée (1) - ou des menaces indirectes sont-elles également de nature à influencer sur sa liberté de décision ?

Daniel estime pour sa part que l'inculpé ne saurait se prévaloir d'une contrainte irrésistible en invoquant le fait que la discipline dans l'armée où il servait était si sévère que toute désobéissance l'aurait exposé à être fusillé. "Il faut une contrainte plus concrète (2). Il est constant néanmoins que certains des militaires allemands qui ont cherché à se dérober aux ordres criminels qu'ils recevaient l'ont fait au péril de leur vie. L'officier allemand qui refusa le 22 octobre 1941 de commander le feu sur les otages de Chateaubriant fut fusillé le lendemain (3). On peut légitimement se demander si l'officier qui a reçu à sa place l'ordre d'exécuter ces mêmes otages ne se trouvait pas sous l'empire d'une menace de mort certaine et imminente.

En revanche, le risque, souvent évoqué, d'être envoyé sur un théâtre d'opérations particulièrement meurtrier comme l'était le front de l'Est, ou encore la menace de renvoi devant un Conseil de guerre sous des accusations aussi vagues que "l'atteinte à la force défensive" ne peuvent être considérés comme des éléments de contrainte aussi précis et irrésistibles que le pistolet chargé de l'officier qui donne l'ordre.

1) V. ci-dessus , p. 282 ;

2) Daniel, op. cit. p. 167 ;

3) Maurice Bardèche "Lettre à François Mauriac", Paris 1947, p. 68.

Mais des menaces de représailles contre la famille ou les proches doivent être prises en considération si, en raison des circonstances, l'inculpé pouvait croire de bonne foi à leur réalité et à leur imminence (1).

3.- L'impossibilité de résister à l'ordre reçu.-

C'est la condition essentielle de la contrainte : l'auteur a été soumis à une force telle qu'il n'a pu y résister. Dans le cas de l'état de nécessité, le danger ne pouvait être détourné autrement qu'en commettant le crime.

La grande majorité des jugements en matière de crimes de guerre font montre d'un scepticisme manifeste quant aux moyens qui s'offraient aux inculpés de se dérober aux injonctions impératives de leurs chefs. Presque partout, les décisions de rejet sont motivées non par le peu de gravité du danger qui menaçait l'auteur du crime ou par l'absence de netteté des ordres reçus, mais par l'affirmation relativement gratuite suivant laquelle l'intéressé n'avait pas épuisé tous les moyens de résistance qui se trouvaient à sa disposition. Les juges ont généralement estimé que les inculpés invoquaient avec une insuffisante vraisemblance le danger d'être fusillés pour refus d'obéir et qu'à tout prendre, leur liberté de mouvement n'était pas toujours aussi paralysée qu'ils voulaient bien le dire. On a même rappelé que les soldats de certaines garnisons allemandes du Nord de la France n'avaient pas hésité à se rendre en dépit des ordres formels (assortis de menaces) qu'ils avaient reçus de leurs supérieurs de tenir à tout prix, démontrant ainsi que, lorsque leurs propres vies étaient en danger, ils avaient la possibilité d'agir à l'encontre des instructions les plus sévères (2).

Quoi qu'il en soit, la situation de l'auteur du délit nécessaire n'est guère enviable et c'est la plupart du temps lui faire crédit d'un courage et d'une énergie hors pairs que de le croire capable de braver la mort pour le respect du droit. L'examen des juges devra donc porter dans une certaine mesure sur la force de caractère de l'inculpé en cherchant une manière de compromis entre l'héroïsme et l'instinct de conservation. Mais leur enquête s'attachera surtout à découvrir s'il était doué d'un certain sens critique et pratiquement de quelle manière il aurait dû agir pour demeurer dans la légalité : - Qu'aurions-nous fait à sa place ?

Le Tribunal militaire américain de Nuremberg a eu dans l'affaire Leeb le mérite de traiter ce problème d'une manière particulièrement approfondie. Sans doute, est-il question exclusivement d'officiers généraux munis de pouvoirs étendus et les

1) Comp. art. 34, Code pénal suisse ;

2) Daniel, op. cit. p. 169, n. 344.

considérannts dont leur position est l'objet ne sont-ils pas applicables sans autre aux simples soldats et aux officiers de rangs subalternes. On trouvera là cependant "mutatis mutandis" la matière de réflexions de portée plus générale.

En effet, les juges militaires américains ont entendu viser le cas particulier de la responsabilité d'un officier pour des actes qu'il n'a pas ordonnés lui-même, c'est-à-dire pour des ordres qui viennent d'un échelon supérieur au sien. Après avoir traité de la responsabilité pénale des officiers pour l'élaboration, la transmission et l'exécution des ordres illégaux émanant de leurs supérieurs (1), le Tribunal examine la question de savoir si un chef "peut être également tenu responsable des actes commis dans son ressort et dans l'exécution de l'ordre criminel en question, bien qu'il n'y ait pas participé directement lui-même". Et le Tribunal déclare à ce propos :

"Il a trois façons de protester :

- 1.- donner un contre-ordre ;
- 2.- donner sa démission ;
- 3.- saboter, dans une certaine mesure, l'exécution de l'ordre.

Pas plus juridiquement que matériellement, il ne peut empêcher que l'ordre reste en vigueur. Prendre des mesures opposées l'exposerait aux peines les plus sévères, serait complètement inutile et aurait eu pour résultat en Allemagne de faire surveiller de très près par Hitler l'exécution de l'ordre donné. La seconde possibilité (démissionner) n'était pas meilleure. En temps de guerre, les officiers n'ont en général pas le droit de donner leur démission. Cette règle est également en vigueur dans l'armée des Etats-Unis et ce n'est pas d'ailleurs un motif de démission que la désapprobation de la politique nationale telle qu'elle s'exprime dans un ordre. Si, en Allemagne, un officier avait étayé une offre de démission par de tels arguments, les conséquences auraient pu en être fort graves pour lui. Une autre façon de protester, c'est le sabotage. Un officier ne peut s'y livrer que verbalement et par des contacts personnels et jamais il ne lui aurait été possible de donner à ses exhortations à la désobéissance une ampleur et une autorité suffisantes pour arrêter l'exécution de l'ordre" (2).

Parlant plus loin de l'ordre appelé "Kommissarbefehl" par lequel le Haut-commandement allemand enjoignait aux troupes engagées sur le front de l'Est de passer par les armes les commissaires politiques soviétiques qui seraient capturés, le Tribunal ajoute :

"Nous ne pouvons cependant considérer que Leeb est coupable sur ce point. Il n'a pas réparti cet ordre, il a protesté contre lui de toutes les manières possibles et il s'y est opposé par tous les moyens, sauf par un refus d'obéissance caractérisé"(3).

1) V. Ci-dessus , p. 256 ;

2) Aff. Leeb (OKW) arrêt cité-Law Reports, Vol. XII, p. 74 (trad. p. 60) ;

3) Ibid. trad., p. 114.

Il est intéressant de voir que le contre-ordre qui équivaut au refus d'obéir est rejeté en tout état de cause comme un moyen non seulement inapproprié, mais dépourvu de toute utilité. C'est un argument qui a été fréquemment invoqué, ainsi que celui du sabotage ou de la tentative d'atténuer la rigueur de l'ordre donné.

En effet, les inculpés de crimes de guerre commis sur ordre ont à plusieurs reprises tenté d'expliquer leur apparente passivité par le fait que la situation était sans issue. Même s'ils avaient refusé d'obéir, cela n'eût pas empêché leurs supérieurs d'arriver à leurs fins en désignant un autre exécutant et en faisant disparaître le subordonné récalcitrant. L'exemple des otages de Chateaubriant est là pour le prouver. Quant à la latitude de modifier l'exécution de l'ordre, elle dépend évidemment de la plus ou moins grande liberté dont l'inculpé peut disposer, suivant son rang et les conditions dans lesquelles il a agi. Dans l'affaire Hagt, citée plus haut (1), le sergent Hagt a prétendu n'avoir fait que blesser le civil français que l'inspecteur Dreier lui avait ordonné de tuer et c'est son chef qui a dû achever la victime. Que pouvait-il faire de plus, après avoir tenté de se dérober à un ordre réitéré et accompagné de menaces précises ?

Daniel distingue à ce propos entre la guerre sur mer et sur terre pour examiner dans quelle mesure le subordonné pouvait n'exécuter l'ordre qu'imparfaitement, même au prix d'un certain risque. En effet, cette possibilité matérielle de résistance à la contrainte n'existe pratiquement pas pour l'équipage, y compris les officiers dont "l'état de subordination est trop grand et la surveillance trop directe pour qu'il leur soit possible de faire autre chose qu'obéir". Seul le commandant dispose des moyens suffisants pour ne pas exécuter les ordres dont il a reconnu le caractère criminel. En ce qui regarde la guerre sous-marine à outrance, Daniel cite à ce propos les nombreux témoignages qui ont été rapportés par des survivants de navires torpillés et suivant lesquels, malgré les instructions données par la marine de guerre allemande, certains commandants de sous-marins "faisaient tout leur possible pour mettre les équipages des navires coulés en mesure de se sauver" (2).

La guerre sur terre peut, en revanche, comporter

1) V. ci-dessus, p. 282 ;

2) Daniel, op. cit. p. 168 ; comp. aff. du "Llandoverly Castle" et du "Dover Castle" déjà citées, v. ci-dessus, p. 245 ; comp. également aff. du "Peleus", Tribunal Milit. britannique de Hambourg, 20.10.45 ; Eck, Law Reports, Vol. I, p. 1.

des situations où le subordonné n'est pas soumis au contrôle direct du chef qui a donné l'ordre. Sans aller jusqu'à penser comme le fait Daniel, que ce contrôle est "le plus souvent problématique", on est en droit d'admettre que, suivant les circonstances, il existe parfois une certaine latitude d'atténuer dans leur exécution la rigueur des ordres reçus. Il en est certainement ainsi de l'ordre donné à plusieurs reprises par des officiers allemands en France - conformément d'ailleurs aux ordres généraux qu'ils avaient eux-mêmes reçus - d'incendier les maisons d'où des coups de feu avaient été tirés sur la troupe (1). La plupart du temps, les soldats ont la possibilité d'opérer de telles destructions sans mettre en danger la vie des habitants. Mais s'ils jettent, par exemple, des grenades à main dans les maisons alors que les habitants cherchent encore à sauver leurs biens, ils témoignent d'une intention de nuire exclusive de toute contrainte au sens où l'entend l'art. 64 CFF (2).

Le procès d'Oradour a posé avec une particulière acuité la question des incorporés de force : peut-on admettre que les militaires enrôlés contre leur gré dans une unité donnée se trouvent par définition dans un état de contrainte permanent et qu'aucun des actes criminels qui leur sont ordonnés ne peut être retenu à leur encontre?(3). En prononçant des verdicts de culpabilité, pour tous les accusés dont la présence paraissait établie, le Tribunal Militaire de Bordeaux a sans doute résolu cette question par la négative. L'incorporation forcée est une chose et le comportement des incorporés de force en est une autre. Si, comme le disait un des défenseurs des accusés alsaciens, "la société n'a pas le droit d'imposer l'héroïsme à chacun de ses membres" (4), le Tribunal a néanmoins estimé que les membres de la compagnie incriminée n'étaient pas aussi complètement dépourvus de moyens de résister aux ordres criminels de leurs chefs qu'ils l'avaient prétendu. Le fait que certains d'entre les accusés alsaciens ont réussi à désertier après le massacre a certainement été pour une part appréciable dans cette décision. Cependant, si l'on en croit leurs propres déclarations à l'audience, plusieurs auraient agi sous la menace directe de leurs chefs et non seulement sous la pression générale de la discipline militaire. Entre ces éléments contradictoires, les juges de Bordeaux ont choisi la solution consacrée par l'article 3 de l'ordonnance du 28 août 1944, celle de l'atténuation de la peine. Et s'ils ont pourtant prononcé une peine capitale sur 21 accusés présents, c'est davantage en raison des charges effectives qui pesaient sur le sergent Boos que parce

1) Trib. Mil. de Toulouse, 16.4.46 ; Ackermann ;

2) Trib. Mil. de Clermont-Ferrand, 23.6.46 ; Szabados - Law Reports, Vol. IX, p. 59-60 ;

3) Tribunal Milit. de Bordeaux, 13.2.53 ; Kahn (Oradour) ;

4) Le Monde, du 12.2.53.

qu'il était le seul engagé volontaire dans les SS. Le dosage des peines indique cependant que, dans l'esprit du Tribunal, les ordres auxquels les accusés avaient obéi lui avaient paru exercer une plus forte pression sur les Alsaciens incorporés de force dans une armée ennemie, que sur les Allemands, mobilisés eux aussi, mais sous leur propre drapeau.

Mis à part deux acquittements, motivés par des alibis, le tribunal de Bordeaux a donc rejeté la contrainte alléguée par les accusés dont le plus élevé en grade était un adjudant.

On n'a pas manqué de faire le parallèle entre cette décision et le jugement d'absolution prononcé au bénéfice des deux généraux poursuivis contradictoirement dans l'affaire de Gérardmer (1). Mais dans ce dernier cas, il est probable - ainsi qu'on l'a déjà relevé plus haut - que l'exemption de peine accordée aux deux officiers supérieurs est principalement due à la tentative qu'ils ont faite de se dérober à l'ordre de destruction. En accordant seulement une atténuation de la peine à un officier de rang inférieur qui avait pourtant épargné un ilôt de maisons, le Tribunal a paradoxalement démontré qu'il attachait plus de poids à des protestations, même dénuées de succès, auprès de l'auteur de l'ordre, qu'à des adoucissements dans les modalités d'exécution.

L'essentiel réside, par conséquent, dans les possibilités théoriques et les manifestations effectives de résistance du subordonné qui reçoit l'ordre.

On ne saurait exiger pourtant d'une manière générale une opposition active, dont les effets prévisibles doivent être assimilés à ceux du refus d'obéissance. Qu'il s'agisse d'une simple protestation ou d'une initiative personnelle de l'inculpé en vue de modifier l'exécution ou d'éviter de causer des souffrances inutiles aux victimes, le caractère irrésistible de la contrainte dépendra toujours des circonstances de la cause, puisque la loi prévoit précisément que l'auteur doit avoir cédé à une force à laquelle il n'a pas pu résister personnellement. Mais si des officiers peuvent sans doute se trouver dans des situations difficiles, notamment lorsque leurs subordonnés ont connaissance des ordres qu'ils ont eux-mêmes reçus d'un échelon supérieur (2), c'est apparemment sur l'homme dans le rang que s'exercera le plus souvent la contrainte, étant donné la médiocre marge de liberté personnelle que lui laisse par définition sa place dans la hiérarchie militaire.

1) Cf. Tribunal Militaire de Paris, 21.2.49 ; Grauer ; 18.1.50 ; Schiel, Petersen ; v. ci-dessus, p. 258 ;

2) Cf. Law Reports, Vol. VIII, p. 90.

III.- NECESSITE DE DISTINGUER ORDRE SUPERIEUR ET CONTRAINTE

Certains représentants de la doctrine allemande la plus récente ont cherché à établir un lien nécessaire entre les notions de discipline militaire et de contrainte. A les entendre, le seul fait d'appartenir à une armée impliquerait non seulement une soumission de tous les instants aux ordres reçus quels qu'ils soient, mais aussi la disparition de toute volonté propre, étant donné la pression constante dont chacun des échelons de la hiérarchie militaire serait l'objet de la part de ceux qui le précèdent.

La liberté morale de choisir, à laquelle le jugement de Nuremberg a conféré la valeur d'un critère général, n'aurait pour ainsi dire jamais existé. Aussi, devrait-on considérer que ceux qui ont agi sur ordre ne sauraient en aucun cas être tenus pénalement responsables des actes criminels qu'ils ont commis, puisqu'ils étaient automatiquement contraints par l'obéissance aveugle qu'ils devaient à leur pays. Ainsi, le seul fait d'avoir reçu un ordre les mettait pour la plupart sous l'empire de la contrainte ou de l'état de nécessité (Befehlszwang oder Befehlsnotstand). (1).

Une telle généralisation méconnaît à n'en pas douter les éléments essentiels de la contrainte. Elle procède au surplus d'une technique juridique qui paraît erronée.

Identifier la contrainte ou l'état de nécessité à l'exception tirée de l'ordre supérieur, c'est en définitive demander que l'ordre supérieur conserve son effet justificatif, même lorsqu'il est contraire au droit. On a déjà vu à quelles conséquences conduit la théorie de l'obéissance passive et comment les codes les plus récents, ainsi que la plupart des lois nationales en matière de crimes de guerre ont opté pour la solution de l'atténuation ou de l'exemption de la peine, lorsque l'acte illicite a été commis sur ordre, ou que l'auteur a agi "sous l'ascendant d'une personne à laquelle il doit obéissance..." (2).

L'ordre de la loi, pas plus que le commandement de l'autorité légitime ne constituent ipso facto la contrainte de l'art. 64 du code pénal français. Ces deux notions sont et doivent demeurer distinctes.

L'effet justificatif de l'ordre supérieur est su-

1) Cf. Aschenauer, Landsberg, op. cit. p. 18 ; Sonnenburg, Die französischen Kriegsverbrecherprozesse, op. cit., p. 8 ; comp. Cönders, Die Rechtswidrigkeit im Strafrecht (RPS, 1951, p. 283) ;

2) Comp. art. 64 du Code pénal suisse.

bordonné à la réunion de conditions de caractère objectif. Il suffit que le chef compétent ait fait connaître sa volonté à son subordonné et que l'exécutant ait donné suite à cette injonction dans l'accomplissement de son devoir général d'obéissance - et non en cédant à la contrainte - pour que la situation prévue par l'art. 327 du code pénal soit réalisée.

En revanche, la contrainte ou l'état de nécessité ne peuvent être retenus que dans l'hypothèse où toutes les conditions de caractère subjectif qui ont été décrites ci-dessus se trouvent réunies à savoir :

- 1.- Un ordre formel qui ne puisse prêter à équivoque ni sur son contenu, ni sur la détermination de son auteur à obtenir une exécution fidèle et immédiate ;
- 2.- La menace, pour le subordonné qui a reçu l'ordre, d'un danger grave et imminent. Cette menace peut résulter du danger d'être puni pour refus d'obéissance, à condition que la sanction revête un caractère de certitude et de gravité suffisants. Sans exiger que le supérieur manifeste l'intention de faire usage de son arme contre le subordonné récalcitrant, on ne saurait admettre l'existence d'une véritable contrainte pour celui qui risquait, par exemple, de compromettre son avancement ou de subir quelques jours d'arrêts s'il refusait de mettre à mort un civil en violation flagrante des lois et coutumes de la guerre ;
- 3.- Le fait que cette pression était telle que le subordonné n'a pu y résister, notamment parce que le supérieur auteur de l'ordre était présent pour en surveiller l'exécution ou lui avait demandé de faire rapport, ou réitéré l'ordre à plusieurs reprises. Mais on n'exigera pas pour autant que le subordonné ait fait une opposition active, ni même qu'il ait cherché à se dérober sans succès à l'ordre reçu, pour que soit faite la démonstration du caractère irrésistible de la contrainte à laquelle il a cédé. La charge de la preuve revient ici à l'inculpé, mais l'appréciation des faits qu'il invoque pour décharger sa responsabilité doit tenir compte des circonstances telles qu'elles lui sont apparues et non telles qu'elles ont pu se produire en réalité.

Il est certain que même dans ces limites étroites, les tribunaux chargés de la répression des crimes de guerre ont trop rarement reconnu l'existence de la contrainte et tiré les conclusions qui s'imposaient d'une telle constatation en ce qui regarde la responsabilité de l'exécutant. A plusieurs reprises, les inculpés traduits devant eux ont établi la preuve qu'une force s'était exercée sur eux à laquelle on ne pouvait raisonnablement leur demander de résister. Les menaces précises dont ils étaient l'objet en cas de refus d'obéissance devaient incliner les juges, non pas seulement à se borner à une simple atténuation de peine, voire même à une absolution comme ils l'ont fait la plupart

du temps, mais à les considérer comme irresponsables. En retirant en pratique à la contrainte l'effet qui lui est attribué dans le droit commun, les tribunaux militaires ont certainement contribué pour leur part à la confusion qui s'est très généralement faite avec l'exception tirée de l'ordre supérieur proprement dit.

Parce que la contrainte a été invoquée la plupart du temps en relation avec l'exécution d'un ordre hiérarchique, on semble avoir cru possible de ne pas la retenir à titre de cause de non-imputabilité, de même que l'art. 3 de l'ordonnance du 28 août 1944 avait expressément exclu le fait justificatif de l'ordre supérieur. La contrainte étant par définition liée à la réunion de circonstances exceptionnelles, on paraît avoir craint que l'état de guerre fasse trop aisément admettre l'existence de cette cause d'irresponsabilité. Il ne fallait pas, a-t-on probablement pensé, que la règle de l'art. 3 pût être tournée par une trop libérale application de l'art. 64 du code pénal.

Mais si la pratique des tribunaux est sans doute allée trop loin dans cette interprétation exagérément restrictive et si le nombre des cas d'espèce où la contrainte aurait dû être reconnue a été plus considérable qu'on a bien voulu l'admettre en général, il faut concéder en revanche que les possibilités effectives de se dérober à l'ordre reçu ont probablement été plus nombreuses que les accusés de crimes de guerre ne tenaient à le faire croire.

Nous ne pouvions pas faire autrement, disaient-ils pour la plupart, invoquant implicitement du plus simple soldat au général le plus élevé en grade l'irrésistible force à laquelle chacun s'est vu contraint de céder. Et pourtant, il y a eu des commandants de camps de prisonniers humains, des officiers conscients de leurs devoirs, voire même des policiers qui n'étaient pas des tortionnaires. Eux aussi recevaient les ordres généraux du haut-commandement allemand prescrivant des méthodes de lutte incompatibles avec les lois de la guerre. Comment se fait-il qu'ils aient, eux, réussi à composer avec des chefs qui passaient pour intransigeants, alors que la grande majorité de ceux qui ont comparu devant les tribunaux alliés ont invoqué l'impossibilité absolue pour quiconque de se dérober aux injonctions reçues et les risques très réels courus par les réfractaires fusillés sur place ou dont les familles étaient envoyées dans les camps de concentration ?

En fait, si le péril était général puisque la loi pénale était la même pour tous, on a peut-être artificiellement généralisé sa gravité et surtout sa portée. Certains, il est vrai, ont payé de leur vie le refus d'obéissance. Cependant, même si ces cas extrêmes - dont la valeur de prévention générale ne doit pas être sous-estimée - ont été plus fréquents qu'on ne le suppose, fallait-il admettre qu'une menace aussi directe et aussi précise pesait indistinctement sur tous les inculpés, quelle que fût leur position ?

Les Tribunaux ne l'ont pas pensé et c'est ce qui explique, par réaction, leur tendance à rejeter systématiquement toute exception visant une exonération de la responsabilité du subordonné pour l'ordre reçu, même sous l'empire d'une contrainte avérée.

La jurisprudence présente ainsi dans ce domaine un caractère de rigidité qui fait souhaiter qu'on tienne à l'avenir un plus grand compte des pressions très réelles qui peuvent s'exercer sur des militaires accusés de crimes de guerre. On ne rejette-rait donc pas automatiquement comme une échappatoire trop commode cette cause de non-imputabilité, sous prétexte qu'il existait des possibilités théoriques de ne pas exécuter l'ordre reçu, possibilités d'ailleurs entièrement subjectives.

Paragr. 6.- Conclusion.-

1.- Légitimité d'une disposition spéciale sur l'ordre supérieur.-

L'art. 3 de l'ordonnance française du 28 août 1944 a pour but essentiel d'exclure la justification invoquée par la majorité des inculpés de crimes de guerre qui affirment avoir agi conformément à leur loi nationale. Le rejet de la compétence législative tirée de la loi du drapeau paraît ainsi s'être vu assigner une place prépondérante dans cette disposition qu'on retrouve sous une forme ou sous une autre dans toutes les lois nationales en matière de crimes de guerre.

On peut à bon droit d'interroger sur l'utilité réelle de cette exclusion. Ne pouvait-on s'en tenir au droit commun, comme le suggère M. Hammes (1), puisqu'aussi bien la responsabilité de l'exécutant d'un ordre illégal était déjà réglée par des principes d'interprétation fermement établis et confirmés par la jurisprudence ? N'a-t-on pas surestimé le danger de voir les inculpés réclamer et obtenir sans aucune difficulté du haut en bas de l'échelle hiérarchique le bénéfice du fait justificatif de l'article 327 du code pénal, de la part de tribunaux supposés impuissants à le leur refuser ?

En effet, l'art. 1er de l'ordonnance de 1944 définit le crime de guerre comme une infraction "aux lois françaises en vigueur et aux dispositions de la présente ordonnance", qui "ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre". Ce qui signifie tout d'abord que la compétence législative et judiciaire du droit français est exclusive de l'application de toute autre loi ou du recours à tout autre tribunal. En outre, l'intervention du droit international, même comme simple fait justificatif, suppose nécessairement une hiérarchie des ordres juridiques, la loi externe ayant le pas sur la loi interne, quelle qu'elle soit. Comment imaginer que le juge français ait pu accorder dans ces conditions la primauté à la loi ennemie et trouver une cause de justification aux crimes de guerre ennemis dans le fait que les actes accomplis sur ordre sont conformes à la loi nationale de l'inculpé, quoique contraires au droit international ? (2). A supposer que la loi allemande commande, ou tolère ce que le droit international prohibe, les juges français ne pouvaient en tout état de cause lui accorder une primauté qu'ils devaient refuser à la loi française elle-même.

Il est vrai que le principe de la suprématie du droit international sur le droit interne n'était pas formellement

1) Cf. Ch. Hammes, op. cit. (RDPF., déc. 1946) ;

2) Cf. Rapport Pépy sous Cass. crim. 21.4.50 (D.J. 1950, p. 313).

inscrit dans le droit allemand. L'art. 4 de la Constitution de Weimar, de 1919, prévoyait bien que "Les règles généralement reconnues du droit des gens font partie intégrante du droit allemand où elles ont force obligatoire" (1). Mais si cette intégration comportait une responsabilité pénale individuelle au regard du droit des gens, elle n'impliquait pas, au moins selon certains auteurs (2), une primauté nécessaire du droit international sur le droit interne. De même qu'en France, avant la Constitution de 1946, une loi nouvelle pouvait déroger à un traité international antérieur. Les inculpés allemands pouvaient donc se prévaloir de lois ou de décrets dérogeant au droit international, ce qui était le cas de la plupart des ordres généraux donnés par les dirigeants du IIIème Reich pendant la guerre de 1939-1945 et en vertu desquels la plupart des crimes de guerre ont été commis.

Au reste, l'ordonnance du 28 août 1944 innovait, formellement tout au moins, puisque la règle de la primauté des traités internationaux sur les lois internes contraires n'a été consacrée que dans la Constitution de 1946, c'est-à-dire deux ans plus tard. On pouvait donc craindre en 1944 que les tribunaux militaires ne soient enclins à reconnaître le bien-fondé de l'argument tiré de l'ordre de la loi nationale, si une disposition expresse n'avait pas d'avance indiqué le sens du choix à faire dans le conflit entre la loi interne et le droit international. Mais l'art. 1er de l'ordonnance de 1944 faisant de la conformité avec le seul droit international un élément de justification de l'acte poursuivi, donnait à cet égard des indications suffisamment nettes pour que l'art. 3 puisse paraître superflu.

2.- La solution belge.

Dans ces conditions, ne pouvait-on remettre aux juges le soin de trancher le rôle à donner à l'exception tirée de l'ordre reçu (de la loi ou d'une autorité supérieure), sans recourir à un texte spécial dont l'utilité ne paraissait pas clairement démontrée ?

Telle a du moins été la solution adoptée aux Pays-Bas.

En effet, le code pénal néerlandais est demeuré sur ce point applicable sans modification aux ressortissants ennemis poursuivis pour crimes de guerre. A l'exemple des codes français, belge et luxembourgeois, l'art. 43 du code pénal hollandais prévoit que : "N'est pas punissable celui qui aura agi en exécution d'un ordre de caractère officiel donné par l'auto-

1) Cf. G. Limmert, op. cit. p. 13 ;

2) Ibidem : Anschütz, Kommentar zur Verfassung des Deutschen Reiches, 12ème éd., 1930, art. 4, note 4.

rité compétente" (alinéa 1). En revanche, l'alinéa 2 stipule : "Un ordre de caractère officiel, donné par une autorité incompétente, est dépourvu d'effet justificatif, à moins que le subordonné n'ait cru de bonne foi à sa régularité et qu'en sa qualité de subordonné, il lui appartenait de s'y conformer" (1).

Il est vrai que les notions d'autorité compétente et d'ordre "de caractère officiel", auxquelles recourt le code néerlandais sont sujettes à interprétation et laissent, par conséquent, un large pouvoir d'appréciation au juge. En effet, l'article 43, al. 2, peut signifier notamment qu'aucune autorité n'est "compétente" pour donner des ordres criminels et que, par conséquent, les ordres de cette nature n'ont pas d'effet justificatif. Mais la fermeté de la répression ne semble nullement avoir été mise en péril par le maintien du droit commun.

En droit français - et mis à part les cas exceptionnels où l'ordre exécuté sous la contrainte pouvait justifier l'application de l'article 64 du code pénal - les tribunaux militaires auraient également pu conserver la possibilité de recourir au fait justificatif de l'article 327 du code pénal, lorsque l'acte était commis par obéissance à l'ordre de la loi et au commandement de l'autorité légitime.

S'agissant de crimes de guerre, c'est-à-dire, aux termes de l'article 1er de l'ordonnance du 28 août 1944, d'infractions à la loi française "non-justifiées par les lois et coutumes de la guerre" seuls les ordres conformes au droit international gardaient dans cette hypothèse leur effet justificatif. En revanche, si l'ordre invoqué par l'inculpé était en apparence régulier, mais en réalité contraire au droit international, le système de l'illégalité manifeste permettait de nuancer l'application de la loi. Si la violation du droit de la guerre était manifeste, la responsabilité de l'exécutant demeurait entière. Si elle ne l'était pas, seule l'atténuation de la peine pouvait en principe entrer en ligne de compte, si l'on s'en tenait aux principes d'interprétation généralement reçus par les juridictions de droit commun.

Etait-ce suffisant ?

Les auteurs de l'ordonnance d'Alger ne l'ont pas cru et c'est probablement pourquoi ils ont jugé nécessaire, grâce à une disposition spéciale d'insérer dans l'alternative de l'acquiescement ou de l'atténuation de la peine, le moyen terme de l'absolution.

Cette solution, à laquelle on a voulu reconnaître le mérite de la souplesse, étant donné la faculté qu'elle ouvrait aux juges d'individualiser la peine en tenant compte de toutes

1) Cf. Law Reports, Vol. XI, p. 98-100.

les circonstances de la cause (1), présente en réalité tous les inconvénients d'une demi-mesure.

En effet, les circonstances de la cause se résument généralement, ainsi qu'on a cherché à le démontrer dans le présent chapitre, à l'influence que peuvent exercer sur la culpabilité de l'accusé l'erreur de droit et la contrainte. Or, si l'accusé a pu faire la preuve de sa bonne foi en établissant avoir agi conformément aux règlements de l'armée à laquelle il appartient, et, par conséquent, aux prescriptions de sa loi nationale, alors que le droit international est muet ou ne contient pas d'interdiction ou de limitation précise, on ne voit pas sur quelle base sa responsabilité pourrait être retenue. En atténuant seulement la peine, voire même en absolvant le coupable, on maintient le caractère criminel de l'acte poursuivi, puisqu'on prononce nécessairement un verdict de culpabilité. Ce qui signifie que l'individu ainsi convaincu de crime de guerre aurait dû vérifier la conformité de l'ordre reçu avec le droit international, même dans le cas où la violation n'était pas manifeste. Si la solution est acceptable en droit pénal interne, l'intervention du droit international devrait, à notre sens, restituer à l'ordre de la loi son effet justificatif chaque fois que la violation du droit de la guerre n'était pas manifeste, cette constatation relevant évidemment de la seule appréciation du tribunal.

Comme l'observe très justement M. Hammes (2), l'art. 3 de l'ordonnance française qui maintient en toute hypothèse le caractère délictueux de l'acte poursuivi, considère ainsi d'office l'illégalité de l'ordre comme manifeste. Ce faisant, le texte de l'ordonnance repose à n'en pas douter sur une pétition de principe, puisqu'il s'agit, au contraire, de déduire le crime de guerre d'une illégalité préexistante. En droit, les juges devraient tout d'abord examiner in abstracto si l'ordre était ou non légal, puis décider, le cas échéant, si l'illégalité de l'ordre était ou non manifeste. La loi ne peut d'avance faire conclure au caractère automatiquement manifeste de la violation qu'elle est destinée à réprimer.

Ainsi qu'on l'a déjà indiqué ci-dessus, la loi belge semble donner à ce problème une solution beaucoup plus nuancée que l'ordonnance française en se bornant à exclure le fait justificatif de l'acte conforme à la loi et aux ordres de l'ennemi, "lorsque l'acte reproché constituait une violation flagrante des lois et coutumes de la guerre ou des lois de l'humanité". Dans ce cas, ajoute l'art. 3 de la loi du 20 juin 1947,

1) Cf. Coste-Floret, op. cit. (D. 1945, Chron. IV, p. 21) ; Juglart, Répertoire, p. 242 ;

2) Cf. Hammes, op. cit. (RDPC, déc. 1946).

la peine pourra être atténuée (1). Par conséquent, si l'acte commis en exécution de l'ordre est conforme à la loi ennemie, mais contraire à la loi belge sans pour autant constituer une violation flagrante du droit de la guerre, l'inculpé sera justifié et le tribunal devra l'acquitter.

C'est en application de cette disposition que le Conseil de guerre de Bruxelles a déclaré à propos des "exécution pour assurer la sécurité de l'armée d'occupation" :

"Attendu que les prescriptions formelles des règlements allemands et la pratique des armées ne permettaient donc pas - à l'époque où les accusés l'ont ordonnée (2) - de qualifier de "flagrante" la violation des lois et coutumes de la guerre que constituent les exécutions par représailles dans les strictes limites de la nécessité militaire, c'est-à-dire pour réprimer et prévenir les attentats contre l'armée d'occupation, ses membres et les membres de ses services ou encore le sabotage d'équipement, de matériel ou d'installations militaires, industriels, portuaires, ferroviaires ou routiers, d'une importance vitale pour la guerre ou pour les forces d'occupation ;

"Que dans ces limites - et dans ces limites seulement - le Conseil de guerre doit considérer les exécutions par représailles ordonnées par les accusés comme justifiées par le fait qu'ils ont agi conformément aux prescriptions de règlements ennemis et aux ordres de supérieurs hiérarchiques" (3).

On voit combien cette différence est sensible. En pareil cas, un tribunal français aurait dû, pour se conformer aux termes de l'ordonnance du 28 août 1944, prononcer un verdict de culpabilité. La mise à mort par représailles étant assimilée par l'art. 2, ch. 4, à l'assassinat, et le droit des gens ne contenant aucun élément positif de justification d'un tel acte, le fait que l'acte reproché n'ait en réalité pas constitué une violation manifeste des lois de la guerre ne pouvait influer que sur la mesure de la peine, voire même dans la meilleure des hypothèses, sur le prononcé d'une peine, mais pas sur la culpabilité elle-même.

Quant à la cause de non-imputabilité tirée de la contrainte, dont la nature diffère, il est vrai, de l'ordre supérieur, mais dont le résultat est en définitive le même, l'ordonnance française n'en a sans doute pas exclu l'application en matière de crimes de guerre. Mais les tribunaux ont adopté une pratique aboutissant en fait aux mêmes conséquences, étant donné

1) Cf. G. Limmert, p. 89 ; et ci-dessus, p. 225 ;

2) L'arrêt est postérieur, mais les faits antérieurs à la Convention de Genève, No IV (civils) de 1949 dont l'art. 34 interdit la prise d'otages ;

3) Cf. Conseil de guerre de Bruxelles, 2ème ch. fr., 9.3.51 ; Général Falkenhausen (RDPC, mai 1951, p. 989).

l'usage exagérément parcimonieux qu'ils ont fait de l'art. 64 du Code pénal. On n'a très généralement tenu compte des pressions qui s'exerçaient sur la volonté de l'auteur d'un crime de guerre commis sur ordre que pour atténuer la peine. Le rejet de cette cause d'irresponsabilité était quasi-implicite.

* * *

Tocqueville a dit du Général Bedeau, chef de la Garde Nationale, le 24 février 1848 : "... Son seul malheur fut d'être mêlé à des événements plus grands que lui, de n'avoir que du mérite là où il fallait avoir du génie et surtout, de ce génie particulier des révolutions qui consiste principalement à ne régler ses actions que sur les faits et à savoir désobéir à propos ; ..." (1).

Sans doute, pourrait-on en dire autant de tous ceux qui ont passé devant les tribunaux alliés sous l'accusation de crimes de guerre. Si le IIIème Reich avait été victorieux, les refus d'obéissance, les tentatives de se dérober à l'exécution d'ordres criminels auraient été jugés comme des actes de trahison et non comme les manifestations d'un sens moral avisé. Ces objecteurs de conscience au sein même des opérations militaires auraient été désignés comme l'exemple à ne pas suivre. Comme cet officier allemand qui avait refusé d'exécuter les otages de la ville de Chateaubriant, ils auraient tous été fusillés, Mais le sort des armes s'est révélé contraire et ce qui eût été jugé criminel est désormais l'attitude conforme au droit. En présence d'une telle confusion, où passe, demandera-t-on, le chemin sans détour de la justice ?

Ni la divination, ni l'héroïsme ne peuvent servir de critères à l'application d'une loi pénale. On ne saurait demander à un militaire de savoir à tout coup dans quel sens il convient de trancher des problèmes de droit international sur lesquels la doctrine est elle-même divisée. Là où des spécialistes hésitent, le profane peut se tromper de bonne foi. Le fait justificatif de l'ordre conforme à la loi nationale doit, par conséquent, être maintenu, comme le prévoit la loi belge, lorsque la violation des lois et coutumes de la guerre ou des lois de l'humanité n'était pas flagrante. En revanche, si l'acte reproché constituait une violation manifeste du droit international, un devoir de désobéissance n'existe que là où l'accusé n'est pas parvenu à faire la preuve de faits de contrainte caractérisés.

1) Cf. Alexis de Tocqueville, Souvenirs, p. 55.

CHAPITRE IV : LA RESPONSABILITE DU SUPERIEUR POUR LES AGISSEMENTS CRIMINELS DE SES SUBORDONNES.

Paragr. 1er.- Le problème de la responsabilité hiérarchique -
Les conditions d'application du système français -
La complicité par organisation -

1.- Le problème.-

La responsabilité du supérieur pour les agissements criminels de ses subordonnés est en quelque sorte l'envers du problème de l'ordre supérieur.

Les ordres hiérarchiques entraînent, en effet, la responsabilité de celui qui les donne au même titre que celle de l'exécutant, sinon au même degré. Car l'auteur de l'ordre peut être considéré comme l'auteur moral du crime. C'est lui qui l'a voulu, qui en a prévu les détails d'exécution, qui s'est même préparé, pour se faire obéir, à exercer la contrainte sur son subordonné, lequel n'est entre ses mains qu'un instrument doué sans doute de volonté et de conscience propres, mais empêché par les règles de la discipline militaire de faire triompher son point de vue. Il est donc juste que là où l'exécutant - auquel le fait justificatif est le plus souvent refusé en matière de crime de guerre - est reconnu coupable, l'auteur de l'ordre le soit aussi avec cette différence cependant que l'un peut invoquer les circonstances atténuantes ou même réclamer l'absolution, tandis que l'autre doit s'attendre à encourir toutes les rigueurs de la loi.

Cette sévérité n'est que la juste contre-partie du devoir d'obéissance dont les chefs quels qu'ils soient ne doivent pas pouvoir abuser impunément.

Mais le problème de la responsabilité hiérarchique n'est pas contenu tout entier dans le fait de donner et de rece-

voir des ordres. Il est clair qu'un grand nombre de crimes de guerre ont été commis avec l'approbation tacite des chefs sous l'autorité desquels les auteurs de ces actes étaient placés.

Prenons l'exemple de la division de parachutistes du Général Ramcke. Au cours de sa retraite à travers la Bretagne à la suite du débarquement du 6 juin 1944 en Normandie, cette unité semble avoir perpétré de nombreuses atrocités. Les exécutions sommaires ne se comptent pas. Harcelés par la résistance, les parachutistes allemands paraissent avoir perdu leur sang-froid en semant la terreur parmi la population civile. Vient l'armistice. Seul, ou presque, le général commandant cette division est appréhendé et traîné devant la justice française pour y répondre, notamment, du comportement de ses troupes au cours de la retraite qui devait les conduire jusque dans la forteresse de Brest. D'ordre criminel, il n'en a cependant donné aucun. Il n'a donc pris aucune part active aux crimes commis par ses hommes. Doit-il échapper à toute poursuite, ou faut-il lui attribuer une certaine responsabilité, précisément en raison de son abstention ?

Ici, la justice paraissait désarmée.

Les difficultés avec lesquelles elle se trouvait aux prises étaient de plusieurs ordres. Très souvent, les auteurs principaux de ces violations du droit de la guerre n'étaient identifiés que par leur appartenance à une formation ou un groupe donné. Tous les hommes figurant sur les contrôles de telle compagnie, de tel régiment ou de telle division pouvaient donc être présumés avoir pris part au crime collectif. Mais à leur échelon, l'anonymat de l'uniforme, la rapidité avec laquelle les crimes étaient commis, la disparition des témoins rendaient le plus souvent les poursuites sans objet.

En outre, les enquêtes ne permettaient que rarement d'établir l'existence d'ordres criminels précis, dont les actes individuels perpétrés par les soldats auraient été l'exécution. Dans de nombreux cas, le chef militaire, général ou lieutenant, niait avoir donné aucun ordre de tuer des civils, de piller leurs biens ou d'incendier leurs maisons d'habitation. A l'entendre, ces excès se seraient produits à son insu, il n'en aurait eu connaissance qu'au moment de comparaître devant ses juges. Aucun acte matériel de complicité ne pouvait lui être reproché.

En présence de cette situation, les législateurs des différentes Puissances alliées intéressées à la poursuite des crimes de guerre ont jugé nécessaire de tirer du rapport de subordination qui liait les auteurs principaux et les supérieurs poursuivis, une responsabilité qui ne fût pas limitée aux seuls ordres donnés. C'est ainsi que l'art. 4 de l'ordonnance française du 28 août 1944 - corollaire de l'art. 3 examiné au chapitre précédent - permet de considérer les supérieurs hiérarchiques comme complices "dans la mesure où ils ont organisé ou toléré les agissements criminels de leurs subordonnés".

Les chefs pouvaient désormais être tenus responsables, même des actes de leurs subordonnés qu'ils n'avaient pas ordonnés.

Le seul énoncé de cette forme passive de participation criminelle indique assez les objections auxquelles elle a donné lieu.

Le droit commun ne connaît pas de complicité par abstention. Pour être complice, il faut aider, assister, donner des instructions, commettre un abus d'autorité ou de pouvoir, en un mot, il faut agir, il ne suffit pas de s'abstenir d'agir. Sinon, la répression n'a plus de limite. Le supérieur devient en particulier le complice obligé de tous les actes illicites de ses subordonnés, du plus simple larcin à l'assassinat. L'exercice d'un commandement implique dès lors une responsabilité analogue à celle que le droit civil met à la charge des parents pour les dommages causés par leurs enfants sans même qu'il y ait faute de leur part. On voit à quel point une telle extension des formes ordinaires de la participation criminelle aggrave la responsabilité des chefs militaires. Comme l'ont noté pourtant les juges d'un tribunal militaire américain, le Président des Etats-Unis est également le chef des forces armées terrestres, aériennes et maritimes, mais il ne viendrait à l'idée de personne de le tenir pénalement responsable en qualité de complice des délits commis par tous les membres de l'armée américaine dans le monde entier. Il en va de même pour les commandants en chef qui se trouvent aux autres échelons de la hiérarchie (1).

En revanche, il paraît non moins difficile d'admettre que dans un camp de concentration, par exemple, le commandant du camp ait pu légitimement ignorer les mauvais traitements et les assassinats commis jour après jour sur les prisonniers dont il avait la charge par les gardiens qui lui étaient subordonnés. De deux choses l'une : ou bien les crimes n'étaient que l'exécution d'ordres de sa part, ou bien le commandant "fermait les yeux", encourageant ainsi les auteurs à continuer leurs crimes. Son comportement est certainement répréhensible dans les deux cas.

Il suit de là que, dans la mesure où on peut en admettre le principe, la complicité passive du supérieur hiérarchique doit être contenue dans certaines limites, au-delà desquelles la répression perd évidemment tout contact avec la réalité. Le présent chapitre cherchera à les définir principalement à l'aide de la jurisprudence des Tribunaux Militaires en matière de crimes de guerre.

Toutefois, avant d'aborder l'étude de la responsabilité indirecte, les lignes qui suivent examineront brièvement

1) Cf. aff. Leeb, arrêt cité (Law Reports, Vol. XII, p. 76 - traduction CICR, p. 98).

les conditions d'application de l'art. 4 de l'Ordonnance française, puis la formule adoptée pour la complicité active.

2.- Les conditions d'application de l'art. 4 de l'ordonnance du 28 août 1944.-

Selon cette disposition : "Lorsqu'un subordonné est poursuivi comme auteur principal d'un crime de guerre et que ses supérieurs hiérarchiques ne peuvent être recherchés comme co-auteurs, ils sont considérés comme complices dans la mesure où ils ont organisé ou toléré les agissements criminels de leurs subordonnés".

Deux conditions préalables doivent, par conséquent, être remplies pour que l'art. 4 soit applicable :

a) Un subordonné doit être poursuivi comme auteur principal.

Il est nécessaire qu'un lien de subordination existe entre le complice et l'auteur principal.

En droit français, l'art. 4 de l'ordonnance de 1944 ne s'applique donc pas lorsque l'auteur principal et le complice sont de même grade ou ne sont liés par aucun devoir d'obéissance l'un envers l'autre. Il a été jugé que le défaut de constatation de cet élément devait entraîner la nullité, pour manque de base légale, de la condamnation prononcée par application de l'art. 4 (1). Cependant, selon la jurisprudence de la Cour de cassation "... cette complicité spéciale n'excluant pas la complicité selon le droit commun, la question de complicité d'un crime de guerre peut être posée dans les termes de l'art. 60 du code pénal sans préciser si ledit complice est le supérieur hiérarchique de l'auteur principal" (2).

Ces deux arrêts ne sont pas contradictoires. En visant le fait d'avoir organisé ou toléré les crimes d'autrui, l'art. 4 suppose un lien hiérarchique entre l'auteur principal et le complice, mais il est clair que la complicité active peut prendre d'autres formes que celles qui sont apparemment englobées sous l'expression "organiser" et, notamment, des formes qui n'exigent pas l'existence d'un rapport de subordination entre l'auteur principal et le complice.

D'autre part, le rapport hiérarchique doit être effectif pour entraîner l'application de l'art. 4. Il ne peut résulter d'une simple différence de grade. Ainsi, il n'existe pas de lien de subordination entre le juge d'instruction militaire et les gardiens de la prison où se trouvent les détenus maltraités (3). En revanche, il n'est pas non plus nécessaire que l'auteur principal soit reconnu coupable : "La réponse négative du tribunal militaire sur la culpabilité de l'auteur prin-

1) Crim. 29.7.48; Schaeffer (RSCDPC, 1948, p. 780); Crim. 27.6.51; Kienast;

2) Crim. R. 17.1.51; Kolrep (JCP, 1951, IV, p. 27);

3) Tribunal Militaire de Paris, 9.2.51; Ring-Sonnenburg.

cipal n'exclut ni la criminalité de l'action, ni la culpabilité des complices de cette action" (1).

b) Le supérieur ne peut être recherché comme co-auteur des agissements criminels de son subordonné.

L'application de l'art. 4 est donc exclusive d'une participation matérielle immédiate du supérieur au crime de l'auteur principal. Tel sera le cas, par exemple, du supérieur qui maintient la victime pendant que son subordonné la frappe ou qui tend une arme à son subordonné et tire avec lui sur la victime. Ou bien le supérieur a donné des ordres contraires au droit, mais n'a pas participé à leur exécution, ou bien, n'ayant donné aucun ordre, il devait ou pouvait avoir connaissance des actes de ses subordonnés, mais n'a rien fait pour les prévenir ou les réprimer. Ce sont les prévisions de l'art. 4.

Il n'est pas nécessaire que le supérieur ait matériellement pris une part active à l'exécution des ordres qu'il a donnés ou que d'autres autorités ont donnés pour pouvoir être considéré comme co-auteur. Sa simple présence peut prendre la forme d'une participation directe à l'acte principal. Ainsi, a-t-il été jugé par des tribunaux belges que : "L'officier de l'armée occupante, participant à des massacres des nationaux du pays occupé, en représailles et sur l'ordre ou le consentement de la Puissance occupante est l'organe de cette Puissance dont il engage la responsabilité ... La seule présence de l'officier des SS matérialisant et authentifiant l'ordre de la Puissance occupante, fait de lui un co-auteur" (2). Cette manière de voir pourrait également être celle d'un tribunal militaire français.

Mais qu'en est-il du cas où l'auteur est le national du pays qui organise les poursuites et le complice ressortissant du pays adverse ? L'art. 1er de l'ordonnance française de 1944 ne permettant d'appliquer la qualification de crime de guerre qu'aux agents ennemis, l'auteur français d'une infraction à la loi française non justifiée par les lois et coutumes de la guerre ne peut être condamné pour crime de guerre. Dès lors, si l'acte imputable à un français a été commis à l'instigation d'un allemand, sous les ordres duquel il se trouvait, par exemple, pendant l'occupation, le supérieur ennemi auquel l'ordonnance de 1944 est applicable pourra-t-il être poursuivi conformément à l'art. 4 ? Ou en d'autres termes, les agissements criminels du subordonné doivent-ils pouvoir être qualifiés crimes de guerre pour que le supérieur, agent non-français, puisse être retenu comme complice par abstention lorsqu'il ne peut être poursuivi comme co-auteur, notamment

- 1) Crim. 20.10.49 (JCP, 1949, IV, 169); Crim. R. 3.8.50; Blaeschke, Graef et autres (Oradour) (D. 1950, J. p. 701; JCP. 1950, IV, 153) ;
- 2) Conseil de guerre de Bruxelles, 2ème ch. 30.11.48; Sch. O. (RDPC., 1947-48, p. 303); voir aussi Cour mil., 20.4.50; Schmitt (RDPC., 1952, p. 497); Conseil de guerre du Brabant, 2ème ch. fr., 22.3.50; Köppelmann, arrêts cités par Foriers, Les crimes de guerre par omission (RDPC, juin 1950, p. 903).

s'il n'était pas présent au moment du crime ? La question s'était posée à propos de l'assassinat de Georges Mendel, dont l'ex-Ambassadeur Abetz était prévenu d'être l'instigateur, les auteurs étant des miliciens français. Elle ne paraît pas avoir été tranchée, car le tribunal militaire de Paris avait répondu négativement à la question de culpabilité posée sur ce chef d'accusation. Mais la Cour de cassation ne paraît pas avoir nié la légitimité des poursuites engagées sur ce point (1).

3.- La complicité par organisation.-

1) L'art. 4 de l'ordonnance de 1944 retient la responsabilité des supérieurs pour les actes de leurs subordonnés, tout d'abord, "dans la mesure où ils les ont organisés..."

La formule ne figure pas dans le droit commun, mais elle ne paraît pas sortir du cadre fixé par les art. 59 et 60 du code pénal français. En effet, on peut admettre qu'elle couvre à la fois l'abus d'autorité ou de pouvoir, c'est-à-dire la provocation et les instructions données de l'article 60, al. 1. Parmi les provocateurs, les supérieurs hiérarchiques qui abusent de leur pouvoir pour décider leurs subordonnés à commettre des actes criminels encourent évidemment les plus grandes responsabilités. Ils sont pratiquement les auteurs moraux de ces crimes et on s'explique que certaines législations les aient fait figurer dans la catégorie des auteurs principaux ou dans une catégorie spéciale, dont le régime est aussi sévère que celui des co-auteurs (2). La confiance aveugle qui s'attache le plus souvent à la personne même du chef rend l'abus de pouvoir particulièrement dangereux. Il en va de même de l'ordre exprès, ou des "instructions données". La rigueur de la discipline militaire, la crainte des sanctions en cas de refus d'obéissance exercent sur le subordonné une influence qui peut aller jusqu'à paralyser sa volonté.

L'art. 60, al. 1, est le pendant de l'art. 327 sur l'effet justificatif du commandement légal de l'autorité légitime. Tant que l'ordre est conforme à la loi, le subordonné est justifié et le supérieur n'encourt aucune responsabilité. Mais si le commandement est illégal, le subordonné demeure responsable de son acte. Le fait qu'il ait agi sur ordre ne pourra alors influencer que sur le montant de la peine et le supérieur pourra être recherché comme complice. On notera à ce propos la solution du Code pénal militaire allemand de 1940 dont le paragr. 47 stipule en premier lieu la responsabilité du supérieur qui a donné l'ordre et qui subordonne ensuite celle du subordonné complice à la condition qu'il ait outrepassé l'ordre reçu, ou qu'il ait eu connaissance du fait que l'ordre concernait un acte tendant à commettre

1) Trib. milit. de Paris, 22.7.49 ; Otto Abetz ; Cour de cassation, 21.7.50 ;

2) Cf. Donnedieu de Vabres, Traité, p. 263, note 2.

un crime ou délit militaire ou de droit commun. Les prévisions de la loi française se trouvent renversées. L'auteur intellectuel (Mittelbarer Täter) est considéré comme co-auteur.

Cette interprétation paraît être celle de la jurisprudence.

Ainsi, dans l'affaire Holstein, la complicité par provocation a été relevée dans les termes de l'article 60, al. 1, du code pénal et de l'art. 4 de l'ordonnance du 28 août 1944, à l'encontre de tous les officiers allemands accusés pour les agissements criminels de leurs subordonnés. En effet, seuls les supérieurs qui avaient organisé les expéditions de représailles contre les villages où les résistants étaient censés avoir trouvé refuge avaient pu être identifiés et la plupart ont été reconnus coupables de provocation par abus d'autorité ou de pouvoir, ou par instructions données (1). Mais il convient de relever que dans la majorité des cas, seul le droit commun a été appliqué là où la complicité par tolérance n'était pas en cause.

2) La responsabilité des supérieurs pour les ordres qu'ils ont donnés a été évidemment sanctionnée dans tous les pays où des poursuites pour crimes de guerre ont été ouvertes après la 2ème guerre mondiale.

Dans la majorité des cas, les formes de complicité prévues par le droit commun ont paru suffisantes pour retenir la culpabilité des supérieurs hiérarchiques, lorsque seuls les ordres donnés ou tout autre manifestation active de l'exercice de leur commandement était en cause.

On notera que l'art. 6, al. 3, du Statut du Tribunal Militaire International précisait déjà en ce qui regarde les auteurs de crimes sans localisation géographique spécifiés à l'al.2: "Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus spécifiés sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan" (2).

La Loi du Conseil de contrôle allié pour l'Allemagne dresse une énumération des divers cas de participation criminelle parmi lesquels figure notamment celui où l'inculpé :

"...a été complice dans l'exécution d'un de ces crimes, l'a ordonné ou favorisé" (art. II, ch. 2, litt. b) (3).

(U.S. Rules of Land Warfare).

Le chapitre précédent a déjà montré que les Règles

-
- 1) Cf. Trib. Milit. de Dijon, 3.2.47; Holstein (Law Reports, Vol. VIII, p. 22; comp. Essen Lynching Case (Law Reports, Vol. I, p. 88-92);
 - 2) Procès, Tome I, p. 13 ;
 - 3) J.O. du Conseil de Contrôle en Allemagne, No 3, 31.1.46, p. 50-55.

américaines prévoient expressément la responsabilité de celui qui donne des ordres qui violent les lois et les coutumes reconnues de la guerre (1). De même, le chap. XIV, No 443, du Manuel britannique de 1936 donnait à l'ennemi le droit de "punir les fonctionnaires ou les chefs militaires responsables de tels ordres, s'ils tombent entre ses mains ; ..." (2).

Les procès au cours desquels des officiers ont été condamnés pour avoir donné des ordres contraires aux lois et coutumes de la guerre sont nombreux. On peut citer celui du Général Anton Dostler, commandant du 75ème corps d'armée, qui a été reconnu coupable d'avoir ordonné de fusiller deux officiers et 13 hommes appartenant à l'armée américaine, le 24 mars 1944, près de La Spezia (3).

L'accusé avait invoqué sans succès un ordre général du Führer prescrivant de passer par les armes les membres des commandos, en représailles de la pratique adoptée par les Alliés dans ce domaine.

Mis à part les difficultés qui ont pu se faire jour en ce qui regarde le caractère plus ou moins manifeste des violations du droit de la guerre ordonnées par les officiers supérieurs se trouvant dans la situation du Général Dostler, la mise en oeuvre de cette forme de complicité active ne présente pas de problème fondamental.

1) U.S. Basic Field Manual, F.M. 27-10 ; v. ci-dessus ;

2) V. ci-dessus , p. 214 ;

3) Trib. Milit. américain de Rome, 12.10.45 ; Anton Dostler - (Law Reports, Vol. I, p. 22-34) ; v. aussi Cour martiale d'Athènes ; Généraux Muller et Bräuer - Law Reports, Vol. XV, p. 62.

I.- LE DROIT COMMUN

1.- L'acte constitutif de la complicité doit être une action.-

Si l'abstention fautive a pu être érigée dans un certain nombre de cas bien déterminés en délits "sui generis", elle n'a généralement pas été considérée comme un élément constitutif de la complicité, ainsi qu'on l'a déjà observé au début du paragraphe précédent.

En France, la doctrine classique a toujours été opposée à cette forme de participation passive. Ainsi, Donnedieu de Vabres déclare-t-il : "on ne se rend pas coupable par une simple abstention" (1). De même, Garçon : "Ne peut être condamné pour complicité celui qui ne s'oppose pas à la perpétration d'un crime ou d'un délit - meurtre, par exemple - qu'il sait devoir être commis et dont il reste le témoin purement passif" (2).

La jurisprudence a d'ailleurs confirmé à plusieurs reprises cette manière de voir.

Le Conseil de guerre d'Oran avait condamné à mort deux soldats d'une compagnie disciplinaire pour ne pas s'être opposés, bien que sachant que le crime allait être tenté, à l'action d'un de leurs camarades qui avait projeté d'abattre le chef de poste. Un pourvoi en cassation d'ordre du Garde des Sceaux avait été introduit et la Cour suprême avait cassé le jugement de condamnation par arrêt du 16 décembre 1852, au motif "que la complicité d'une action qualifiée crime ou délit consiste dans des faits ou actes spécialement déterminés par la loi, qu'on ne saurait leur assimiler l'inaction de celui qui ne s'oppose pas à la perpétration d'un crime ou d'un délit, quelque blâmable que puisse être cette inaction au point de vue de la morale et de l'humaine

-
- 1) Cf. Donnedieu de Vabres, Traité, p. 253 ; voir aussi Bouzat, Traité, No 710, p. 483 ; et R. Béraud, L'omission punissable (JCP, 1944, I, 433) ; Mme Albaret-Montpeyroux, L'inaction en droit pénal, thèse, Clermont, 1944 ; P. Appleton, L'abstention frauduleuse (Revue trim. de droit civil, 1912, p. 593) ; M. Gand, Du délit de commission par omission, Paris, 1900 ;
- 2) Cf. Garçon, Code pénal annoté, art. 59 et 60, No 338.

nité"(1). La Cour de cassation avait, dans un arrêt du 22 juillet 1897, cassé dans le même sens un jugement du Tribunal de police de Marseille pour avoir "imaginé un mode de complicité qui ne rentre dans aucune des dispositions des articles 59 et suivants du Code pénal français" (2). La Cour réaffirme encore cette position dans un arrêt des Chambres réunies du 26 octobre 1912 : "La complicité à un crime ou délit par aide ou assistance ne peut, comme toute participation criminelle punissable, résulter que d'un acte positif et non de la simple inaction ou abstention de s'opposer au crime ou au délit en ayant qualité et autorité pour le faire". Il s'agissait du cas d'un secrétaire de syndicat qui avait assisté plusieurs heures durant au supplice d'un "briseur de grève" par dix grévistes. La Cour suprême avait repris les termes de son arrêt de 1852 en relevant qu'on ne saurait assimiler aux faits et actes spécialement déterminés par la loi pour la complicité d'une action qualifiée crime ou délit "l'inaction de celui qui, volontairement, ne s'oppose pas à la perpétration d'un crime ou délit, quelque blâmable que puisse être cette inaction du point de vue de la morale" (3). Cette jurisprudence a encore été confirmée plus récemment dans un arrêt du 15 janvier 1948 selon lequel "un acte positif antérieur ou concomittant peut seul caractériser l'aide ou l'assistance spécifiée par l'art. 60 CPF.", en sorte que "la complicité ne saurait résulter d'un fait négatif, du silence, d'une abstention" (4).

Ainsi, le Prof. J. Magnol a-t-il pu écrire que, selon une jurisprudence et une doctrine "à peu près unanimes", la complicité par aide et assistance au moment de la perpétration du crime ou du délit suppose une coopération active et... une simple abstention ne saurait suffire, fût-elle intentionnelle, et bien qu'elle ait pu rendre plus facile ou même possible l'accomplissement du fait" (5).

On trouve des opinions analogues en Belgique.

La Cour de cassation belge a déclaré notamment : "Un fait positif préalable ou concomittant peut seul constituer l'aide ou l'assistance prévue au Chapitre VII du Livre I du Code pénal et ... l'existence d'un acte culpeux ne découle pas du fait que le prévenu ait tiré avantage de l'infraction dont il n'a pas

- 1) Sirey, 1853, I, 143, cité par P. Foriers, Les délits dits d'omission (RDPC, févr. 1952, p. 501) ;
- 2) B. crim. No 255 ; D.P. 99, I, 92 ;
- 3) Sirey, 1914, I, 225, note Roux ; cf. aussi Foriers, loc. cit. et P. Speyer, Les crimes de guerre par omission (RDPC, juin 1950, p. 903) ;
- 4) D., 1948, I, 100 ;
- 5) Cf. J. Magnol, Chronique de jurisprudence, Droit pénal général (RSCDFC, 1947, p. 581).

empêché la perpétration" (1). M.J. Simon, conseiller à la Cour suprême, constate à ce propos que "la Cour a formellement condamné la théorie qui prétend assimiler l'aide purement morale à l'aide positive requise par les art. 66-67 du Code pénal belge" (2). Dans un précédent arrêt, la Cour de cassation belge avait d'ailleurs décidé que le crime de dénonciation à l'ennemi ne pouvait résulter que d'un acte positif, "mais qu'aucune disposition légale ne punit la simple abstention de faire cesser une situation qui expose quelqu'un aux rigueurs de l'ennemi" (3).

2.- Les délits d'omission.

Cependant, si la complicité par inaction comme telle ne paraît pas être entrée dans le droit commun, les délits dits d'omission se sont multipliés, principalement après la deuxième guerre mondiale. Ainsi, l'ordonnance du 25 juin 1945 "concernant le concours des citoyens à la justice et à la sécurité publique" a rendu punissables des inactions qui n'étaient jusque là que moralement répréhensibles. A l'exemple de l'art. 103 du Code pénal français punissant la non-révélation des crimes qui compromettent la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, le délit de non-dénonciation de crime est désormais sanctionné également à l'égard des infractions de droit commun. L'ordonnance de 1945 qui fait maintenant l'objet des art. 62 et 63 du code pénal - soit immédiatement après le recel de malfaiteurs (art. 61) et les dispositions concernant la complicité active (art. 59 et 60) - punit également "quiconque, pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un fait qualifié crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne, s'abstient volontairement de le faire" (art. 63, al. 1). L'art. 63, al. 2, vise, d'autre part, la non-assistance à une personne en péril et l'alinéa 3, l'abstention de témoigner de l'innocence d'une personne incarcérée préventivement ou jugée pour crime ou délit. On notera que l'abstention n'est punissable aux alinéas 1 et 2 que si l'action n'entraînait de risque ni pour l'inculpé ni pour des tiers. L'héroïsme n'est pas un critère applicable en droit pénal (4).

- 1) Cass. belge, 23.10.50 (Pas. 1951, I, 91) ;
- 2) J. Simon, Chronique trimestrielle de jurisprudence, Principes généraux du droit pénal (RDPC, 1951-52, p. 770, sp. 774) ;
- 3) Cass. belge, 19.1.48 (Pas. 1948, I, 270) ; comp. Cass. 2ème ch. 24.9.51 et note R.S. (RDPC, 1951-52, p. 555) ; voir aussi R. Legros, L'élément intentionnel dans la participation criminelle (RDPC, 1952-53, p. 117) ; comp. Servais, Le meurtre par omission (B.J. 1927, vol. 609 - RDPC, 1927, p. 999 et s.) ;
- 4) Cf. Donnedieu de Vabres, Traité, p. 70-72 ; voir aussi G. Bonnefoy, Les abstentions fautives (Revue pénit. et de droit pénal, janv.-mars 1953, p. 38-61) ; et Bouzat, Traité No 101, p. 90 ; H. Donnedieu de Vabres, Commentaire de la loi du 25.10.41 (D.C. 1942, I, 33) ; A. Tunc, Commentaire de l'Ordonnance du 25.6.45 (D. 1946, L. 33).

Les art. 62 et 63 du Code pénal français sont apparemment les formes les plus générales de la répression des délits d'omission. Il est intéressant de relever que l'ordonnance du 25 juin 1945 dont ils sont issus s'est inspirée d'une loi du 25 octobre 1941 adoptée, par conséquent, sous le régime de Vichy, mais annulée au moment de la Libération. Cette loi sanctionnait la non-dénonciation des attentats commis à l'encontre des membres de l'armée allemande. Mais elle allait beaucoup plus loin que l'ordonnance de 1945 puisque "dans les cas graves, les coupables pouvaient être retenus et punis comme complices du crime qu'ils n'avaient pas dénoncé" (1). Par conséquent, là où les art. 62 et 63 du Code pénal prévoient au maximum une peine d'emprisonnement de trois ans et une amende, la loi de 1941 permettait d'infliger au complice par abstention la même peine que celle encourue par l'auteur du crime principal. C'est dire que la peine capitale pouvait être prononcée à l'encontre de personnes qui étaient seulement restées inactives, étant donné la gravité des faits qu'on leur reprochait de ne pas avoir dénoncés. Les auteurs de l'ordonnance de 1945 n'ont pas voulu s'engager dans cette voie. Ils ont retenu la notion de la non-dénonciation, déjà inscrite à l'art. 103 pour l'étendre aux crimes et à certains délits - mais non aux contraventions - de droit commun; ils ont rejeté l'institution de la complicité par inaction.

En revanche, partout où l'abstention constitue la violation d'un devoir positif, on assiste à un développement appréciable de la responsabilité pénale pour le fait d'autrui. Lorsque l'auteur du dol ou de la faute est distinct de l'auteur matériel, on a estimé juste de ne pas le laisser échapper à la répression, même si sa faute consiste en une abstention. Ainsi, le chef d'une industrie qui est tenu de surveiller ses ouvriers, peut-il se voir frapper d'une amende pénale "à cause d'une infraction aux règlements qu'il n'a ni inspirée ni peut-être connue et qu'un de ses ouvriers a commise" (2).

De même, l'art. 11, paragr. 4, du décret du 12 novembre 1938, relatif à la réglementation des prix, "d'où il résulte que la responsabilité du chef d'entreprise n'est pas subordonnée à la constatation d'un acte de participation directe à l'infraction ou à l'un des modes de complicité énumérés par le Code pénal". Cette disposition se retrouve d'ailleurs dans l'ordonnance du 30 juin 1945 qui réprime les infractions à la législation économique, art. 56 : "Sont passibles des peines et des sanctions prévues à la présente ordonnance tous ceux qui, chargés à un titre quelconque de la direction, de l'administration de toute entreprise, établissement, société, association ou col-

1) Ibid. p. 71, Note 4 ;

2) Ibid. p. 283-284.

lectivité, ont soit contrevenu par un acte personnel, soit en tant que commettant, laissé contrevenir par toute personne relevant de leur autorité ou de leur contrôle aux dispositions de la présente ordonnance ..." (1).

Quelle que soit la sévérité de ces principes, on demeure cependant dans le domaine des délits d'omission. La loi du 25 octobre 1941 paraît donc avoir été la seule - la répression des crimes de guerre mise à part - à faire usage de la complicité par abstention.

Sans aller aussi loin que le texte de Vichy, le tribunal correctionnel d'Aix paraît cependant avoir admis une forme de participation criminelle par inaction qui s'en rapproche néanmoins d'une manière sensible. Au cours d'une ronde, deux gardiens de la paix chargés de surveiller les hangars du camp de Miramas contenant du matériel de l'armée américaine s'aperçoivent que la porte d'un des hangars n'est pas fermée. L'un d'eux s'introduit à l'intérieur pour voler, l'autre ayant accepté de "fermer les yeux". Découvert par des supérieurs, le second agent déclare que son camarade "est allé aux cabinets". Le Tribunal déclare à propos de cet agent qui s'est abstenu d'empêcher la commission d'un délit qui n'était pas un délit "contre l'intégrité corporelle de la personne" (comp. art. 63, al. 1, CPF): "Une attitude passive qui, normalement, ne constitue qu'une abstention non punissable peut, dans des circonstances particulières et de la part de certaines personnes, revêtir le caractère d'une coopération coupable ; ce caractère réside bien moins dans le comportement de la personne pris en lui-même que dans l'influence que ce comportement a pu exercer sur l'esprit de l'auteur de l'infraction par l'espérance qu'il a pu faire naître dans sa conscience" (2).

Même sous la double réserve touchant les circonstances de la cause et la qualité des accusés, que leurs fonctions désignaient à une particulière sévérité, cette décision porte la marque d'une certaine évolution dans la politique criminelle moderne. Elle consacre une nuance importante dans l'application du principe de base de la doctrine classique suivant lequel "l'individu dans le système de la loi pénale actuelle a le droit à l'indifférence et le droit à la peur" (3), et "l'inaction la plus funeste et la plus immorale n'est pas un délit" (4). La solidarité

1) Cf. Donnedieu de Vabres, Traité, p. 284 ;

2) Aix, 14.1.47 (D. 1947, Somm. 19 ; JCP, 1947, II, 3465, note Béraud et observations Magnol (RSCDPC, 1947, p. 581) ; v. aussi Bouzat, Traité, p. 483 ;

3) Hemard, note au Recueil Sirey, 1902, 2, 305 ;

4) Prins, 1899, Science pénale et droit positif No 174 ; dans le même sens : Constant, Manuel de droit pénal, T. I., p. 57.

humaine est désormais un fait dont la loi pénale ne peut faire abstraction.

Cette idée se trouve exprimée notamment dans les Pandectes belges : "Rien ne révèle une intention criminelle chez celui qui pratique l'indifférence devant les faits qu'il n'était pas tenu d'arrêter. Il en est autrement de l'inaction d'une personne qui était appelée par sa position à prendre une mesure". Tel est le cas du domestique qui s'abstient de fermer la porte de la maison, permettant ainsi aux malfaiteurs de pénétrer chez son maître (1).

On s'achemine donc vers une certaine sanction de la complicité par inaction, lorsque l'abstention viole un devoir positif d'agir. Plusieurs pays possèdent dans leur droit criminel des dispositions qui portent la marque de cette orientation.

En U.R.S.S., la tolérance est parfois punissable en tant que complicité. A l'exemple des codes occidentaux, il est vrai, l'art. 17 du code pénal soviétique définit la complicité comme résultant d'une action, non d'une inaction. Et si des décrets remontant au 4 juin 1947 punissent la non-dénonciation du délit de vol de biens publics ou privés, et d'autres dispositions spéciales, la non-dénonciation de certains crimes contre-révolutionnaires, l'abstention coupable n'est sanctionnée qu'à titre de délit sui generis et non sous forme de complicité. Ce n'est que dans l'hypothèse où un haut fonctionnaire ou un supérieur hiérarchique, auquel incombe un devoir précis d'agir, s'abstient précisément de prendre les mesures qui permettraient d'empêcher un crime que cette inaction est punie, soit comme fait principal, soit comme un acte de complicité (2).

En Allemagne, l'art. 357 du code pénal comporte un mode de répression analogue de l'inaction coupable (3).

Le droit suisse retient également l'abstention comme élément matériel des délits de non-dénonciation de crimes (art. 79 du code pénal militaire de 1927), mais non comme une forme de complicité. Aux termes de l'art. 23, seul celui "qui aura intentionnellement prêté assistance" est légalement qualifié complice et l'art. 18 ne retient la responsabilité du supérieur que pour les ordres qu'il a effectivement donnés (4).

-
- 1) Vo. Co-auteur, No 10 ; cité par Speyer, op. cit. (RDPC, juin 1950, p. 903) ; voir aussi Haus, Droit pénal belge, 3ème éd. T.I., p. 204, No 287 ; Prins, Science pénale et droit positif, No 173 ; J. Simon, loc. cit. ;
 - 2) Goliakov, Traité de droit pénal, 3ème éd., Moscou, 1943, p. 208 ; Menschagin-Gerzenson, "Der allgemeine Teil des Strafrechts", 4ème éd. Moscou, 1948, p. 390 ;
 - 3) Maurach, op. cit., p. 43 ;
 - 4) V. ci-dessus, p. 210.

L'inaction n'est donc un mode de participation criminelle qu'à titre exceptionnel. C'est ce qui résulte de l'art. 139 relatif au crime de pillage en temps de guerre ou de service actif qui rend passible de la même peine que celle de l'auteur principal "le chef qui aura permis le pillage à ses subordonnés ou qui ne sera pas intervenu pour empêcher le pillage" (art. 139, ch. 1, al. 2).

II.- LES TEXTES INTERESSANT LA REPRESSION DES CRIMES DE GUERRE

1.- Le droit international.-

La Commission des Responsabilités, nommée en 1919 en vue d'assurer le châtimement des violateurs des lois et usages de la guerre au lendemain de la première guerre mondiale, avait conclu à la possibilité de poursuivre "ceux qui se seraient abstenus d'empêcher ou de prendre des dispositions pour empêcher, arrêter ou réprimer des actes criminels, sans que ces cas d'abstention puissent servir d'excuse aux auteurs directs" (1). Cette responsabilité indirecte avait néanmoins suscité des réserves. Dans le mémorandum qu'elle avait déposé le 4 avril 1919, la délégation américaine estimait nécessaire "que la personne ait eu connaissance de l'exécution d'actes ayant un caractère criminel, qu'elle ait eu non seulement le pouvoir de les empêcher, de les arrêter ou de les réprimer, mais aussi le devoir et l'obligation stricte d'agir ainsi" (2).

On a voulu voir dans l'opinion ainsi exprimée par la délégation américaine une manifestation de la doctrine suivant laquelle les gouvernants sont irresponsables pénalement (3). Il semble plutôt que, sans aller jusqu'à nier la responsabilité des chefs militaires et politiques pour les actes qui s'étaient commis en leur nom, les observations faites par les représentants des Etats-Unis aient eu au contraire pour dessein d'en définir les limites.

Ainsi que Daniel le relève, la Commission de juristes chargée par les Puissances représentées à la Conférence de Washington de réviser les lois de la guerre, paraît avoir admis, il est vrai, en 1923, que "seule la nation était responsable

1) Cf. La Paix de Versailles, T. V, p. 477-482 ; voir aussi J.C. Genton, Le Tribunal militaire international, (RDPC, 1947-48, p. 477) ;

2) Cf. La Paix de Versailles, T. V, p. 540-549 ;

3) Cf. Daniel, op. cit., p. 146.

pour les actes de l'Etat" (1). Mais le principe de l'immunité pour les actes d'Etat semble avoir été abandonné définitivement dans le mouvement répressif qui a abouti au procès de Nuremberg. Il suffit pour s'en convaincre de reprendre les termes des diverses déclarations alliées concernant la poursuite des dirigeants du IIIème Reich, dont la responsabilité individuelle est chaque fois réaffirmée. La Déclaration faite à Londres par les gouvernements en exil (Déclaration de Saint-James) :

"... 3. place au nombre des principaux buts de guerre la punition par la voie d'une justice organisée des coupables et des responsables de ces crimes de guerre, soit qu'ils les aient ordonnés ou perpétrés, soit qu'ils y aient participé" (2). De même, la Déclaration de Moscou prescrit que "... les officiers allemands et les membres du parti nazi responsables ou ayant pris une part consentante dans la perpétration des atrocités, massacres ou exécutions sus-mentionnées seront renvoyés dans les pays où ils ont commis leurs abominations pour y être jugés et punis conformément aux lois de ces pays libérés et de leurs gouvernements élus" (3). Enfin, le Statut de Londres du 8 août 1945 apportait leur sanction à ces déclarations de principe en stipulant à son art. 7 que: "La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'Etat, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif à diminution de la peine"(4).

Mais si le principe de la responsabilité individuelle des gouvernants, chefs d'Etat ou hauts fonctionnaires semble bien établi, il ne résulte pas directement du Statut de Londres que cette responsabilité s'étende également aux actes commis par leurs subordonnés sans ordre de leur part. Selon l'art. 6, al. 3, déjà cité (5), les "dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices" qui ont pris part à l'élaboration d'un plan concerté ou d'un complot sont réputés responsables "de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan".

Pour que les personnes visées par l'art. 6, al. 3, du Statut de Londres soient punissables, il faut, par conséquent, que les actes principaux dont elles sont réputées être les instigatrices ou les complices constituent l'exécution du plan concerté à l'élaboration duquel elles ont pris part. Autrement dit, leur participation criminelle n'est retenue que par le canal du plan

- 1) Commission of Jurists to consider and report upon the revision of the rule of Warfare ; General Report, part. II, art. 23, Section 5 (AJIL, Suppl. Vol. 32, 1938, p. 24) ; cité par Daniel, *ibid.* ;
- 2) Daniel, p. 47 ;
- 3) *Ibidem*, p. 51 ;
- 4) Cf. Procès, T.I, p. 13 ;
- 5) V. ci-dessus, p. 26.

concerté, et non par celui d'un simple lien de subordination comme dans l'art. 4 de l'Ordonnance française de 1944. Dans le cas des personnes poursuivies en vertu du Statut du Tribunal Militaire International, il suffit - mais il faut - que soient établis l'existence d'un plan concerté et le fait que les actes principaux qualifiés crimes selon l'art. 6, ch. 2, ont été commis en exécution de ce plan. Dans le cas des ressortissants ennemis visés par l'Ordonnance du 28 août 1944, il suffit que le fait principal ait été commis par un subordonné de l'inculpé. Peu importe que le supérieur ainsi poursuivi ait ou n'ait pas donné d'ordres. S'il ne peut être recherché en qualité de co-auteur, il est responsable des agissements de ses subordonnés "dans la mesure où il les a organisés ou tolérés".

La loi française va donc plus loin que le Statut du 8 août 1945, dont la position est certainement en retrait dans le domaine de la responsabilité dite indirecte par rapport à celle de la Commission des responsabilités de 1919.

On sait que le jugement de Nuremberg lui-même a donné de l'art. 6, al. 3, une interprétation restrictive qui limite encore l'étendue de la responsabilité des dirigeants pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. En effet, le premier chef d'accusation faisant mention d'un complot relatif à ces deux catégories de crimes, le Tribunal déclare en citant les termes du dernier alinéa de l'art. 6 :

"Le Tribunal estime que ces mots n'ont pas pour objet d'ajouter une infraction distincte aux crimes précédemment énumérés. Leur seul but est de déterminer les personnes qui seront rendues responsables de participation au plan concerté. Aussi, le Tribunal négligera-t-il désormais l'inculpation de complot en vue de commettre des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Le plan concerté n'est considéré qu'à l'égard des guerres d'agression" (1).

La notion très vague de complot (conspiracy du droit britannique) cesse de constituer une infraction distincte et s'identifie avec celle de la complicité (2).

Cependant, la partie du jugement concernant les responsabilités individuelles montre que si la notion de plan concerté n'a effectivement été appliquée qu'à l'égard des crimes contre la paix, plusieurs des accusés ont été néanmoins reconnus coupables de complicité pour des actes de leurs subordonnés qu'ils n'avaient pas ordonnés.

On peut citer à cet égard les considérants qui précèdent le verdict concernant l'accusé Funk. En 1942, déclare le jugement, Funk, qui était notamment président de la Reichsbank, reçut certaines quantités d'or, de bijoux et de devises qui a -

1) Procès, Tome I, p. 238 ; cf. aussi p. 266 ;

2) Cf. Donnedieu de Vabres, Traité, p. 1022, note 3.

vaient été retirées par les SS aux personnes exterminées dans les camps de concentration. L'or était déposé dans les sous-sols de la Reichsbank. Le jugement relève à ce propos :

"Funk a affirmé n'avoir eu connaissance d'aucun de ces dépôts. Le Tribunal estime, néanmoins, que, ou bien il avait connaissance de ce que la Reichsbank recevait, ou bien il fermait délibérément les yeux sur ce qui se passait" (1).

L'accusé Frick, déclare aussi le jugement, savait que l'euthanasie était pratiquée dans les sanatoriums, hôpitaux et asiles placés sous son autorité : "... des plaintes lui parvinrent au sujet de ces meurtres, mais il ne fit rien pour faire cesser ces agissements" (2).

De telles conclusions impliquent nécessairement l'admission d'une complicité par inaction. Le Tribunal de Nuremberg a considéré, sans que le Statut de Londres l'y ait obligé par une disposition expresse, que les chefs politiques et militaires cités devant lui, étaient responsables non seulement pour les lois, décrets et ordres qu'ils avaient signés, mais aussi pour les actes criminels commis par les personnes qui leur étaient subordonnées.

On notera que cette complicité par tolérance a été reprise dans le projet de Convention sur le génocide présenté par la délégation de la France à la sixième Convention. L'art. 1er précise que "le crime contre l'humanité, dénommé génocide, est une atteinte à la vie ... qui est commis, favorisé ou toléré par les gouvernants d'un Etat" (3).

En revanche, on ne trouve aucune allusion à une telle forme de responsabilité dans les Conventions de Genève de 1949, dont l'article commun concernant les sanctions pénales ne vise que les personnes "ayant commis, ou donné l'ordre de commettre l'une ou l'autre des infractions graves dont chaque Convention contient la liste (4).

1) Cf. Procès, T.I, p. 326 ;

2) Ibidem, p. 321 ;

3) Cf. Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, Annexe 15 , p. 151 ;

4) Cf. Pilloud, Les sanctions pénales dans la première Convention de Genève (blessés et malades) du 12.8.49. Genève, p. 15 ; Commentaire des Conventions de Genève du 12.8.49, publié sous la direction de M. J.S. Pictet, T. I, p. 409 ; comp. l'art.13 de la Convention III (prisonniers de guerre) où l'omission illicite est incriminée, mais à titre primaire seulement.

2.- Les lois nationales.-

a) L'article 4 de l'ordonnance française du 28 août 1944 permettant de retenir la complicité des supérieurs pour les agissements de leurs subordonnés dans la mesure où ils les ont non seulement organisés, mais encore "tolérés", ne constitue pas une complète innovation, au moins quant à son principe.

On a mentionné, en effet, ci-dessus que la notion de complicité par abstention, rejetée par la doctrine classique, avait déjà fait une brève apparition dans le droit français à la faveur des dispositions exceptionnelles édictées par le gouvernement de Vichy pour la lutte contre les attentats et les sabotages dont les membres de l'armée allemande occupant la France étaient continuellement les victimes. Encore cette éphémère loi du 25 octobre 1941, annulée et remplacée quatre ans plus tard par les art. 62 et 63 du Code pénal, avait-elle limité l'application de cette forme passive de complicité aux "cas graves".

Cette notion révolutionnaire, on l'a vu, n'a pas été retenue par les auteurs de l'ordonnance du 25 juin 1945. Il est singulier de constater en revanche qu'un an plus tôt, l'ordonnance du 28 août 1944, relative à la répression des crimes de guerre, avait pourtant admis une forme de participation secondaire voisine de celle de la loi de 1941. A la non-dénonciation de crime et à l'abstention d'empêcher soit un crime, soit un délit, contre l'intégrité corporelle, le texte de 1944 substitue seulement le fait, pour un supérieur hiérarchique de tolérer les agissements criminels de ses subordonnés. L'application de cette complicité spéciale aux agents ennemis et aux non-français au service de l'administration ou des intérêts ennemis n'a donc pas paru présenter d'inconvénient à l'égard du principe de la personnalité des peines.

La limitation essentielle réside dans la condition du lien de subordination entre l'auteur principal et le supérieur complice. Ici, le "cas grave" de la loi de 1941, c'est le crime de guerre qui, par définition, contient tous les éléments des faits que le code pénal assortit d'ordinaire des peines les plus graves, assassinat, incendie volontaire, destructions, pillage.

En revanche, l'emploi du verbe tolérer englobe à la fois le fait de ne pas avoir pris des mesures pour empêcher les crimes des subordonnés et celui de s'être abstenu de les faire cesser. La tolérance incrimine donc l'abstention de prévenir et de réprimer. Elle fait du supérieur le complice obligé de tous les agissements criminels de ses subordonnés. L'art. 4 institue, par conséquent, une présomption de culpabilité à la charge du supérieur. Cette présomption légale établit un lien nécessaire entre l'exercice d'un commandement quelconque, même non militaire, et la commission du crime par un subordonné. C'est au supérieur inculpé suivant les termes de l'art. 4 qu'il appartient en défi-

nitive de prouver qu'il n'a pas pris part à l'activité criminelle de son subordonné, notamment parce qu'il ne pouvait en avoir connaissance ou parce qu'il n'avait pas le pouvoir de faire cesser les crimes commis.

Le supérieur, est-il besoin de le dire, se trouve placé de cette manière dans une situation particulièrement difficile. Obligé de faire la preuve de son innocence en présence d'agissements criminels qu'il n'a peut-être pas connus, le seul fait d'être investi de l'autorité lui ôte, d'après l'art. 4, toute possibilité d'exciper de sa bonne foi. Son sort est en fait entre les mains des tribunaux dont l'interprétation du terme "tolérer" apparaît déterminante.

b) Sous des formules diverses, plusieurs des lois nationales en matière de crimes de guerre contiennent des dispositions qui se rapprochent sensiblement de l'ordonnance française de 1944, au moins par leurs conséquences.

Parmi les Etats du continent européen, le Grand Duché de Luxembourg, les Pays-Bas et la Pologne semblent avoir admis, à l'exemple de la France, des notions élargies de la complicité dans la poursuite des crimes de guerre.

L'art. 3 de la loi luxembourgeoise prévoit, en effet : "Sans préjudice des art. 66 et 67 du code pénal, pourront être recherchés, selon les circonstances, comme co-auteurs ou comme complices des crimes et délits prévus à l'art. 1er de la présente loi (1) : les supérieurs hiérarchiques qui auront toléré les agissements criminels de leurs subordonnés ; ceux qui, sans être des supérieurs hiérarchiques des auteurs principaux, auront favorisé ces crimes ou délits" (2). Cette disposition est manifestement inspirée, au moins dans sa première partie, de l'art. 4 de l'ordonnance française. M. Hammes l'explique en déclarant notamment : "... il est certain que très souvent, presque toujours, les crimes de guerre auront été perpétrés du consentement tacite d'un chef qui, s'il ne les a pas ordonnés, les a tolérés en manquant à un devoir de surveillance que lui imposaient son grade et ses qualités et les a rendus de cette façon possibles en négligeant des devoirs précis" (3). La présomption de complicité du supérieur hiérarchique résulte donc également de la loi luxembourgeoise.

Le droit néerlandais a subi des modifications analogues après la fin de la deuxième guerre mondiale.

L'art. 4 du code pénal des Pays-Bas prévoit que ceux qui commettent l'acte punissable, "ceux qui donnent lieu à

1) Cf. ci-dessus, p. 78 ;

2) Cf. G. Mimmert, op. cit., p. 100 ;

3) Cf. Ch. Hammes, op. cit. (RDPC, Déc. 1946).

sa commission" et ceux qui en sont les complices, sont punis comme les auteurs de cet acte. A côté des auteurs principaux et des complices, il semble bien que cette formule ait pour but d'atteindre les instigateurs. Mais l'art. 27a, ch. 3, de la loi néerlandaise du 10 juillet 1947 prévoit, en revanche, que : "Sera puni de la même peine qu'aux ch. 1 et 2, le supérieur qui aura délibérément toléré qu'un de ses subordonnés se rende coupable d'un de ces actes", (c'est-à-dire d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité).

L'art. 9 de la loi concernant la poursuite des crimes de guerre dans les anciennes Indes néerlandaises (Décret No 45 de 1946) prévoit une forme de complicité similaire en des termes plus explicites encore : "Celui dont le subordonné aura commis un crime de guerre, en sera également tenu responsable s'il avait toléré la commission de ce crime par son subordonné, alors qu'il savait ou du moins aurait raisonnablement dû savoir que ce crime était ou allait être commis". Le législateur hollandais a entendu sanctionner de cette manière la négligence coupable des supérieurs qui s'abstiennent de prendre des mesures qui auraient pour effet de prévenir les actes criminels de leurs subordonnés ou tout au moins de diminuer les possibilités de commettre des actes de cette nature ou qui tolèrent en connaissance de cause que de tels crimes soient commis (1).

La loi polonaise (décret du 13 juin 1946 - art. 32-36) punit également les personnes coupables : "...c) de ne pas s'être opposées, contrairement à leur devoir, à la perpétration de délits ...". Cette disposition est applicable aux personnes poursuivies pour crimes de guerre (2).

En revanche, le droit belge ne paraît pas avoir admis l'introduction de règles nouvelles en matière de complicité pour la poursuite des crimes de guerre. La loi du 20 juin 1947 ne contient aucune disposition spéciale à ce sujet. M. Wauters voit là une lacune, car il existe des "chefs qui, bien que connaissant les crimes de leurs subordonnés, se sont abstenus de les leur interdire et n'ont rien mis en oeuvre pour que des sanctions soient prises contre leurs auteurs". Or, seuls les membres des organisations criminelles peuvent être atteints, mais sous la qualification de participation à une association de malfaiteurs, forme de complicité par trop restreinte pour embrasser dans son ensemble une telle abstention coupable (3). Par conséquent, seuls les art. 66 (provocation par abus d'autorité ou de pouvoir) et 67 (instructions données) du code pénal belge qui instituent

1) Cf. Law Reports, Vol. XI, p. 100-101 ;

2) Cf. Law Reports, Vol. VII, p. 82 ;

3) Cf. A. Wauters, La répression des crimes de guerre en Belgique, (RDPC, 1946-47, p. 431).

une complicité active sont, en principe, applicables. Car, ainsi que le relève M. Sasserath, "la loi n'admet que dans des cas exceptionnels une complicité par inaction" (1).

La loi norvégienne ne contient également aucune disposition spéciale sur la complicité, l'article 4 de la loi du 13 décembre 1946 se bornant à indiquer que "la complicité est également punissable" (2).

c) La Loi No 10 du conseil de contrôle allié pour l'Allemagne doit être classée à part. Elle prévoit, en effet, à son art. II, ch. 2, que "Toute personne ... est considérée comme ayant commis un des crimes énumérés au paragraphe 1 du présent article, si elle ... b) a été complice dans l'exécution d'un de ces crimes, l'a ordonné ou favorisé, c) y a consenti ...".

Comme le note M. Haensel (3), la participation criminelle visée par l'art. II, ch. 2, lettre b, correspond aux principes généraux qui figurent dans tous les droits nationaux. La favorisation (*Begünstigung*) est prévue dans le Code pénal allemand, non dans la partie générale, mais au paragr. 257 de la partie spéciale. En revanche, le consentement donné semble tiré d'une formule anglo-saxonne qui avait d'ailleurs déjà trouvé son expression dans la Déclaration de Moscou où était affirmée la responsabilité des officiers, soldats et membres du parti nazi "qui ont été responsables ou qui ont donné leur consentement" aux atrocités visées par la Déclaration (*Who have been responsible, or have taken a consenting part*) (4). Il ne s'agit évidemment pas du consentement au sens où l'entend le droit civil, mais d'une forme de complicité élargie (*erweiterte Beihilfe*), l'extension résultant, toujours selon Haensel, du fait que l'assistance fournie à l'auteur du fait principal peut se limiter à un simple encouragement moral. Il n'est pas nécessaire, dans le cas visé par l'art. II, ch. 2, lettre c, que le complice ait procuré un moyen qui aurait servi à l'action, ainsi que le prévoit l'art. 60, al. 2, du Code pénal français, ou plus généralement qu'il ait accompli un acte quelconque de coopération physique. Sa participation ne réside que dans la notion du "consent", par où il convient d'entendre une approbation tacite de l'acte principal.

La favorisation de l'art. II, ch. 2, lettre b, de la loi No 10 s'applique à toute personne, sans distinction. En revanche, le consentement prévu à la lettre c suppose a priori

1) Cf. S. Sasserath dans RDPF., févr. 1947, p. 432 ;

2) Cf. Law Reports, Vol. III, p. 81 ;

3) Cf. Carl Haensel, Das Organisationsverbrechen, Nürnbergerbeurteilungen zum Kontrollratsgesetz No 10, Munich 1947, p. 34-35 ;

4) Cf. U.N. Information Office, War and Peace Aims, 30.1.46, p. 116.

l'existence d'un lien de subordination entre l'auteur principal et le complice.

Sur ce point, les prévisions de la Loi No 10 sont donc très proches de celles de l'art. 4 de l'ordonnance française.

d) le droit britannique contenait des notions suffisamment larges de la complicité criminelle pour que la répression des crimes de guerre commis par les dirigeants et les chefs militaires ait pu être organisée sans le secours de dispositions spéciales.

En effet, la pratique criminelle britannique autorise les Tribunaux à retenir la culpabilité de ceux "qui sont impliqués" dans la commission d'un crime, par exemple, d'un assassinat (concerned in the killing). Cette forme de complicité comprend naturellement l'intervention du supérieur qui donne un ordre, même s'il n'est pas présent au moment de l'exécution (1). En principe, cependant, il ne semble pas qu'une approbation tacite ou que des paroles assimilables à une simple permission soient suffisantes pour constituer une complicité punissable (2).

Le Décret royal britannique du 14 juin 1945 paraît avoir voulu combler cette lacune par une disposition particulière à la poursuite des crimes de guerre, mais dans le domaine de la preuve. En effet, l'art. 8 prévoit que : "Lorsqu'il est établi qu'un crime de guerre est le résultat de l'action concertée (concerted action) d'une formation ou d'un groupe d'individus, les preuves rapportées à l'encontre de l'un quelconque des membres de cette formation ou de ce groupe à propos de ce crime pourront être admises comme présomptions (prima facie evidence) de la responsabilité de chacun des membres de cette formation ou de ce groupe à l'égard de ce crime ; ... (3).

La présomption est indépendante de tout rapport de subordination entre les divers participants, puisqu'elle résulte exclusivement de l'existence du groupe et de l'action concertée.

La loi canadienne du 30 août 1945 contient en substance la même disposition à l'art. 10, al. 3. On peut en dire autant de la loi australienne de 1945, art. 12 (4), et des lois américaines pour le théâtre d'opérations de Chine et du Pacifique (5).

Mais l'art. 10, al. 4 et 5, de la loi canadienne précitée étend le système de la présomption de responsabilité au cas des supérieurs :

"(4) Lorsqu'il est établi que plus d'un crime de guerre a été com-

1) Law Reports, Vol. XV, p. 50 ; V. p. 53 ;

2) Law Reports, Vol. XI, p. 69-70, 75 ; XV, p. 49-50 ;

3) Law Reports, Vol. I, p. 108 ;

4) Law Reports, Vol. V, p. 100 ;

5) Law Reports, Vol. XV, p. 92 et Vol. I, p. 118-119.

"mis par les membres d'une formation ou unité, ou d'un corps ou groupe se trouvant sous l'autorité d'un seul chef, le Tribunal peut considérer cette preuve comme une présomption (prima facie evidence) de la responsabilité de ce chef pour ces crimes".

"(5) Lorsqu'il est établi qu'un crime de guerre a été commis par les membres d'une formation ou unité, ou d'un corps ou groupe et qu'un officier ou un sous-officier était présent au moment du crime ou immédiatement avant, le Tribunal peut considérer cette preuve comme une présomption (prima facie evidence) de la responsabilité de cet officier ou de ce sous-officier, ainsi que du commandant de cette formation ou unité, ou de ce corps ou groupe, à l'égard de ce crime" (1).

On notera l'importance de cette dernière disposition où la seule présence d'un officier de rang intermédiaire entraîne la présomption de la responsabilité du commandant en chef de l'unité. Il n'est donc pas nécessaire ni dans ce cas, ni dans celui de l'al. 4, qu'un ordre exprès ait été donné. La loi canadienne n'exige pas non plus que les crimes de guerre visés aux al. 4 et 5 aient été le résultat d'une action concertée de la part des membres de l'unité incriminée. La pluralité des crimes commis dans le premier cas et la présence d'un officier ou d'un sous-officier dans le second, suffisent à donner au lien de subordination qui lie le ou les auteurs principaux avec le supérieur sous l'autorité duquel ils se trouvent le rôle d'une présomption de complicité.

Aux Etats-Unis, le Manuel militaire prévoyait dans son édition de 1940, à propos des violations du droit de la guerre, que :

"Les commandants qui ordonnent de commettre de tels actes ou sous l'autorité desquels de tels actes sont commis" par leurs troupes" peuvent être punis par le belligérant entre les mains duquel ils tombent" (Basic Field Manual, Rules of Warfare, E.M. 27-10, par. 347).

Ainsi, les commandants étaient responsables, non seulement des ordres qu'ils avaient donnés, mais aussi des actes de leurs subordonnés qu'ils s'étaient abstenus d'empêcher (2). Mais l'amendement apporté le 15 novembre 1944 au régime de l'ordre supérieur - qui n'a plus désormais un effet justificatif automatique, mais peut être invoqué soit comme fait justificatif, soit comme circonstance atténuante - a modifié également la situation du supérieur qui n'est plus responsable que des ordres qu'il a donnés. Le texte nouveau du par. 345 - 1, indique, en effet, que "la personne qui a donné de tels ordres peut aussi être punie". Le par. 347 n'a pas été repris dans l'édition de 1944 (3).

1) Cf. Law Reports, Vol. IV, p. 128 ;

2) Cf. Speyer, op. cit. (RDPC, juin 1950, p. 903) ;

3) Cf. Law Reports, Vol. II, p. 108, note 1.

Cependant, l'interprétation que les différents Tribunaux américains ont donnée de la notion de responsabilité des commandants militaires paraît avoir très largement dépassé les termes de l'amendement de 1944, en dépit de la fragilité des bases légales sur lesquelles elle repose. L'avis divergent exprimé par le juge Murphy, membre de la Cour suprême, à la suite du jugement rendu dans l'aff. du Général Yamashita, démontre à ce propos qu'on ne saurait déduire de l'art. 1er du Règlement de La Haye de 1907 - où il est prescrit que les militaires et assimilés doivent avoir à leur tête "une personne responsable pour ses subordonnés" - une responsabilité s'étendant au-delà des actes que le supérieur a effectivement ordonnés (1). Les juridictions américaines n'en ont pas moins suivi l'orientation donnée par la majorité de la Cour suprême qui paraît avoir maintenu pour le jugement des crimes de guerre le point de vue que reflétait le texte abrogé du Manuel militaire de 1940, par. 347.

En Chine, la loi du 24 octobre 1946 concernant la poursuite des "criminels de guerre" précise en revanche : "Les personnes investies d'une situation supérieure ou d'un commandement à l'égard des criminels de guerre et qui n'ont pas, en cette qualité, rempli leur devoir de prévenir la perpétration de crimes par leurs subordonnés, seront considérées comme les complices de ces criminels de guerre" (2).

e) Cette revue des législations nationales en matière de crimes de guerre montre, tout d'abord, qu'à l'inverse du problème de l'exception tirée de l'ordre supérieur, la complicité hiérarchique n'a pas toujours fait l'objet de dispositions nouvelles dérogeant au droit commun. L'unanimité ne s'est pas faite sur ce point comme sur la nécessité d'exclure le fait justificatif de l'acte conforme à la loi ennemie. Plusieurs législateurs semblent avoir reculé devant les objections qu'une forme passive de la participation criminelle secondaire pouvait légitimement susciter.

Force est cependant de reconnaître que ces scrupules n'ont pas arrêté la majorité d'entre eux. La plupart des textes nationaux punissent la complicité du supérieur coupable de s'être abstenu d'agir.

Partout - à l'exception toutefois de la Loi No 10 et du Décret britannique - la complicité passive est liée à l'exercice d'une charge ou d'un commandement. Il faut être investi d'une autorité quelconque pour pouvoir être tenu responsable des agissements criminels de ses subordonnés, même lorsqu'on ne les a pas ordonnés. Le lien de subordination entre l'auteur principal et son complice revêt donc le caractère d'un élé-

1) Cf. Law Reports, Vol. IV, p. 51 ;

2) Cf. Law Reports, Vol. IV, p. 88.

ment essentiel de cette forme négative de participation.

Plusieurs lois fondent, en outre, la complicité par tolérance sur l'existence d'un certain devoir de surveillance corollaire du droit d'obtenir l'obéissance pour les ordres conformes à la loi. Mais si cette obligation n'est expressément inscrite que dans quelques textes seulement, elle est implicite partout. Il s'ensuit une présomption de complicité, déduite le plus souvent du seul fait d'être investi de l'autorité.

Seule, la Loi pour les anciennes Indes néerlandaises précise enfin que, pour être retenu comme complice des agissements criminels de ses subordonnés, le supérieur doit en avoir eu connaissance. S'il les avait ignorés, sans avoir pour autant commis de négligence dans l'exercice de son commandement, sa bonne foi le justifierait.

Ces données ont trouvé pour la généralité des cas leur confirmation dans la jurisprudence des tribunaux chargés de la poursuite des crimes de guerre. Mais l'interprétation jurisprudentielle revêt ici une telle importance lorsqu'on cherche à mieux dessiner les contours de cette forme particulière de responsabilité, qu'il a paru préférable, après avoir mentionné les diverses solutions législatives adoptées sur ce point, de grouper les règles générales qui se dégagent des jugements rendus en France et à l'étranger d'une manière plus systématique.

III.- LA JURISPRUDENCE

Speyer conclut l'étude qu'il a consacrée aux crimes de guerre par omission en montrant que les tribunaux militaires chargés d'apprécier la responsabilité des chefs militaires et des dirigeants qui n'avaient pas été jugés par le tribunal militaire international de Nuremberg ont motivé leurs jugements en se fondant sur les éléments suivants :

- 1.- La plus grande partie des décisions subordonnent la complicité passive du supérieur à la violation d'une obligation positive qui lui incombait personnellement. On ne punit donc pas, en général, une abstention pure et simple, mais une abstention "qualifiée". Il faut que le supérieur poursuivi ait eu le devoir d'agir. S'il était commandant d'un camp de prisonniers, il avait, par exemple, le devoir de veiller sur la vie et la santé des prisonniers, c'est-à-dire notamment d'empêcher que ses subordonnés ne les maltraitent. Si le supérieur poursuivi était commandant militaire en territoire ennemi occupé, il avait le devoir de maintenir l'ordre et la vie publique, c'est-à-dire l'obligation, notamment, de surveiller les troupes occupantes, afin qu'elles ne commettent pas de crimes à l'encontre de la population civile ;

- 2.- L'inculpé doit avoir connaissance des actes criminels commis par ses subordonnés. Cette obligation découle du devoir général de surveillance lié à l'exercice de n'importe quel commandement actif ;
- 3.- Enfin, la complicité du supérieur est dégagée s'il n'avait pas le pouvoir de faire cesser les crimes (1).

Sous cette forme sommaire, les principes gouvernant la responsabilité des supérieurs pour les actes de leurs subordonnés qu'ils n'ont pas ordonnés, posent encore trop de points d'interrogation pour qu'il soit possible de se satisfaire de cette simple énumération. Chacun des éléments qui viennent d'être énoncés va donc faire l'objet d'un bref examen, à la lumière des décisions rendues par les tribunaux nationaux.

Cependant, on notera d'emblée que les juridictions françaises se sont montrées particulièrement réservées en ce qui regarde l'application de l'art. 4 de l'ordonnance du 28 août 1944, dont elles semblent avoir fait un usage très limité. A notre connaissance, la Cour de cassation française n'a pas eu l'occasion de se prononcer à ce sujet. C'est dire que la plupart des décisions qui serviront de base aux remarques qu'on va lire ont été rendues par des tribunaux étrangers. Il est même remarquable de relever à ce propos l'importance que le problème de la responsabilité indirecte des supérieurs hiérarchiques a revêtu dans la jurisprudence belge en matière de crimes de guerre, puisque la Belgique figure précisément au nombre des pays qui n'ont pas adopté de dispositions spéciales dérogeant au droit commun sur cette forme de complicité. Les Conseils de guerre belges se sont trouvés apparemment aux prises avec des difficultés de preuve qui les ont contraints à rechercher eux-mêmes une solution que le législateur n'avait pas cru devoir introduire dans la loi du 20 juin 1947. Les considérants de ces jugements sont particulièrement précieux. Ils permettent de se faire une idée précise du conflit apparemment irréductible qui existe entre le souci d'atteindre une attitude passive moralement répréhensible, mais pénalement irrelevante et la nécessité de conserver son caractère personnel à la responsabilité pénale de l'individu dans le domaine des crimes de guerre.

Les décisions abondamment motivées des juridictions américaines contribueront aussi, pour une part appréciable, à déterminer l'orientation générale de la jurisprudence alliée sur cette question importante.

1) Cf. Speyer, op. cit. (RDPC, juin 1950, p. 903).

1.- L'existence d'une obligation positive.-

a) Toutes les accusations de complicité lancées contre les officiers supérieurs poursuivis se sont fondées pour les actes commis sans ordre de leur part, sur l'existence d'un devoir général de contrôler la conduite de leurs subordonnés. Ce devoir comprend aussi bien la prévention que la répression des crimes constituant des violations des lois et coutumes de la guerre qui sont imputables à des individus relevant du commandement de l'inculpé.

Ainsi, le supérieur a le devoir d'empêcher ses troupes de commettre des crimes et, selon la jurisprudence dominante, c'est dans la mesure où il néglige ce devoir que sa responsabilité est engagée.

Il ne s'agit pas cependant d'une responsabilité purement objective. Sinon tout supérieur serait automatiquement tenu responsable de toute violation de la loi commise par n'importe lequel de ses subordonnés, à n'importe quel endroit et n'importe quel moment. Cette responsabilité n'est pas liée au grade ou aux fonctions dont l'inculpé était titulaire au moment des faits, mais bien à l'obligation positive qui lui incombait. Sans doute, l'exercice d'un commandement suppose-t-il dans la généralité des cas un certain nombre d'obligations d'agir. Mais il convient cependant de distinguer l'un de l'autre. En tout état de cause, on ne saurait envisager une telle responsabilité sans faute de la part du supérieur, c'est-à-dire sans une violation d'un devoir positif lui incombant.

C'est ce qui résulte du jugement rendu contre le Général japonais Tomoyuki Yamashita par le tribunal militaire américain siégeant à Manille, où l'accusé exerçait son commandement au moment des faits qui lui ont été reprochés et surtout de l'arrêt prononcé sur recours par la Cour suprême des Etats-Unis (1).

Le Général Yamashita commandait le 14ème groupe d'armées des forces impériales japonaises dans les Iles Philippines. Il était accusé d'avoir en cette qualité, entre le 9 octobre 1944 et le 2 septembre 1945, négligé de surveiller la conduite de ses troupes et par là, d'avoir toléré les crimes de guerre commis par les individus relevant de son commandement. En effet, de nombreux internés civils et prisonniers de guerre sont morts de faim ou ont été massacrés sans jugement, des actes de torture, de rapt, de meurtre ont été commis à l'encontre de nombreux résidents des Philippines, enfin, des incendies et des destructions volontaires sans nécessité militaire ont été perpétrés sur l'ensemble de l'archipel, mais principalement dans l'Ile de Luçon.

1) Cf. Tribunal militaire américain de Manille, 7.12.45 ; Cour suprême des Etats-Unis, 4.2.46 ; Yamashita (Law Reports, Vol. IV, p. 1).

Le Général Yamashita a été reconnu coupable, bien que les preuves de sa complicité, c'est-à-dire du fait qu'il avait eu connaissance des crimes de ses subordonnés et les avait approuvés, semblent avoir été contradictoires (1).

En confirmant la condamnation à mort prononcée sur ces bases par les juges militaires américains siégeant à Manille, la Cour suprême des Etats-Unis a estimé, à la majorité, que le devoir général de surveillance des subordonnés et la responsabilité qui en découle pour les supérieurs qui les commandent, figurent implicitement dans le droit international.

En effet, l'art. 1er de la Convention de la Haye, No IV, sur les lois et coutumes de la guerre sur terre subordonne l'application des "lois, droits et devoirs de la guerre" à la réunion de plusieurs conditions, au nombre desquelles il est prévu que les membres d'une armée, d'une milice ou d'un corps de volontaires doivent avoir à leur tête "une personne responsable pour ses subordonnés" (art. 1, ch. 1, RGT.). De même, l'art. 19 de la Convention de La Haye, No X, qui a trait au bombardement par des navires de guerre, prévoit que les commandants des bâtiments de guerre "sont tenus de veiller au respect des dispositions qui précèdent". Et l'art. 26 de la Convention de Genève de 1929 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne prévoit en outre que "les commandants en chef des armées belligérantes auront à pourvoir aux détails d'exécution des articles précédents, ainsi qu'aux cas non prévus, d'après les instructions de leurs gouvernements respectifs et conformément aux principes généraux de la présente Convention" (2). Enfin, l'art. 43 de la Convention de La Haye, No IV, impose à l'occupant - c'est-à-dire au commandant des forces d'occupation - le devoir "de prendre toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays".

Et le Chief Justice Stone, représentant l'opinion de la majorité des juges de la Cour suprême conclut en déclarant: "Ces dispositions imposaient manifestement au requérant qui était à l'époque gouverneur militaire des Philippines et commandant des forces japonaises, un devoir positif de prendre les mesures qui étaient en son pouvoir et correspondaient aux circonstances en vue de protéger les prisonniers de guerre et la population civile. Ce devoir incombant à un officier supérieur a été reconnu jusqu'ici et sa violation a été sanctionnée par nos propres tribunaux mili-

1) Ibid., p. 2 ;

2) Comp. Convention de Genève No 1 (blessés et malades) du 12.8.49, art. 46.

taires (1). Un principe analogue a été appliqué en vue d'engager la responsabilité des Etats-Unis dans les cas d'arbitrages internationaux (Aff. Jenaud 3 Moore, International Arbitrations, 3000; aff. "The Zafiro", 5 Hackworth, Digest of International Law, 707)."

Par conséquent, estime la Cour, c'est à bon droit que le Général Yamashita a pu être accusé "d'avoir violé son devoir de contrôler les agissements de ses subordonnés en les laissant commettre les atrocités poursuivies". La Cour suprême a jugé qu'une telle accusation était suffisante pour que le Tribunal ait pu être invité à entendre les preuves tendant à établir que le requérant avait dolosivement manqué au devoir que lui imposaient les lois et coutumes de la guerre et à décider si ces preuves étaient de nature à faire admettre sa culpabilité (2).

Cette décision importante a été confirmée, notamment par le tribunal militaire américain qui a statué dans l'affaire dite des généraux commandant dans les Balkans (Wilhelm List et autres), où il a été jugé qu'un officier général exerçant un commandement en territoire occupé où il assume le pouvoir exécutif et le commandement militaire "a le devoir sous sa propre responsabilité de maintenir la paix et l'ordre et d'empêcher les crimes (3)".

Dans l'affaire du camp de concentration de Belsen, jugée par le tribunal militaire britannique de Lunebourg, le juge conseiller (4) a relevé qu'en ce qui regardait les faits reprochés à Kramer, membre de l'Etat-Major du camp d'Auschwitz, la question essentielle était de savoir si l'Accusation avait ou non établi que Kramer avait failli à son devoir pour autant que cela ait dépendu de lui et que des nationaux alliés aient subi des souffrances physiques dues à ses agissements. Dans le cas de l'accusé Klein, il n'existait, selon le juge conseiller, aucune charge contre lui à propos d'actes de cruauté délibérés. Il appartenait donc au tribunal d'apprécier si Klein, qui avait également appartenu à l'Etat-Major du camp, disposait réellement de possibilités d'intervention dans les conditions d'existence régnant à Belsen et "s'il s'était abstenu d'agir de telle manière que le tribunal aurait pu le considérer comme coupable". Ce qu'il s'agissait de décider était de savoir "si, à l'époque où il assumait réellement des responsabilités et détenait, par conséquent, le pouvoir d'apporter des améliorations, il s'était délibérément ou d'une manière coupable méritant une peine, abstenu de faire ce

- 1) Selon les ordres généraux No 221 du Q.G. des Philippines du 17.8.1901 : "le fait pour un officier de s'abstenir de prendre des mesures en vue d'empêcher l'assassinat d'un habitant du territoire occupé commis en sa présence" était punissable ;
- 2) Cf. Law Reports, Vol. IV, p. 43-44 ;
- 3) Cf. Law Reports, Vol. VIII, p. 67 (trad. C.I.C.R., p. 29) ;
- 4) Sur les fonctions de juge conseiller (Judge Advocate) dans la procédure pénale militaire britannique, cf. Law Reports, Vol. II, p. 128.

que son devoir lui eût commandé" (1).

Dans l'affaire du camp de Breendonck, le Conseil de guerre d'Anvers a également reconnu à la charge du commandant inculpé l'existence d'un "devoir positif de protéger les prisonniers confiés à sa garde". En organisant son camp "de façon telle que plusieurs détenus devaient y disparaître... il a gravement manqué à son devoir de chef de camp", dès lors, "il a volontairement et sciemment collaboré à l'activité criminelle du S.D." (2). Et le Tribunal belge justifie de la manière suivante son verdict de culpabilité fondé sur l'attitude passive de l'inculpé Schmitt, commandant du camp de Breendonck : "Attendu que, nulle part dans la loi, il n'est précisé que lorsqu'elle parle de coopération "par un acte quelconque", il n'est exigé qu'il s'agisse d'une collaboration matérielle ; qu'en l'occurrence "l'acte" consiste dans la méthode criminelle de la direction même du camp ; que la loi tend, par ailleurs, à empêcher que quiconque prive à dessein quelqu'un d'autre de sa vie" (3). Comme le relève Vanderveeren en commentant cet arrêt, on se trouve en présence du cas "où l'acte omis est précisément celui que la victime pouvait espérer de l'omettant dont les fonctions impliquaient l'organisation de la vie matérielle du camp et la responsabilité de la vie de ceux qui y étaient internés" (4).

Cette construction juridique a été reprise dans l'affaire de la prison de Dortmund, dont le gardien-chef, Köppelmann, délégué du camp "Union", était accusé d'avoir "transformé un régime de travaux forcés rigoureux en une entreprise de mort et de dégradation physique et morale". Le Conseil de guerre du Brabant a retenu la culpabilité de Köppelmann en considérant "que cette responsabilité est d'autant plus lourde qu'en sa qualité de gardien-chef délégué comme chef du camp, il avait l'obligation positive de veiller sur la vie, la santé et dans la mesure des prescriptions légales, au bien-être des prisonniers confiés à ses soins ; que la faute et la négligence dans l'accomplissement de ces devoirs sont, en droit allemand, des délits (Reichsgericht, 19.2.1884 et 21.3.1888 ; Feuerbach, Lehrbuch, p. 24 à 49)...Qu'en sa qualité de chef de camp, il est pénalement responsable, non seulement des coups et sévices qu'il a infligés lui-même aux prisonniers, mais de tous ceux qu'il a provoqués et tolérés de la

-
- 1) Cf. Trib. milit. brit. de Lunebourg, 17.11.45 ; Joseph Kramer (Law Reports, Vol.II, p. 120) ;
 - 2) Sicherheitsdienst (Service de sécurité dépendant de l'Office central de la sécurité du Reich) ;
 - 3) Cf. Cons. de guerre d'Anvers, 25.11.49 ; Schmitt (arrêt cité par Foriers, op. cit. RDPC, févr. 1952, p. 484) ;
 - 4) Cf. J. Vanderveeren, Le délit par omission (RDPC, avr. 1950, p. 681).

part de ses subordonnés... puisqu'il suffisait de les défendre ou même de ne pas les approuver pour les faire cesser ; ..." Et le Conseil de guerre belge note en outre qu'il ne s'agit pas d'un délit d'omission, mais bien de "... la violation consciente et volontaire d'obligations positives contractées par le fait même de ses fonctions" (1).

On trouve des considérations analogues dans deux jugements du tribunal général français de Rastatt, appliquant la Loi No 10 du conseil de contrôle allié pour l'Allemagne.

C'est ainsi que dans une affaire Schwartz et Hartjenstein, commandants d'un camp d'internés, le tribunal français a été amené à préciser en ces termes le contenu de l'obligation positive qui leur incombait : "Attendu qu'ils avaient notamment à s'assurer au cours de leurs inspections de l'observation des consignes générales qu'ils avaient données ; qu'ils devaient plus particulièrement veiller à ce que soient distribuées les rations réglementaires et faire respecter l'interdiction de frapper ; attendu que c'est en vain que ces dirigeants prétendent avoir satisfait à leurs obligations ; qu'en effet, se rendant dans les camps à des heures où les internés se trouvaient dans les commandos, ils n'étaient pas à même de se rendre compte de leur état, de recevoir leurs doléances..." (2).

Le même tribunal a encore jugé dans une affaire Dickmann : "... Que chef médical du camp, il a manqué aux devoirs de sa charge en ne prenant pas les mesures nécessaires pour que les malades reçoivent les soins les plus élémentaires et une nourriture suffisante..." (3).

En revanche, les juridictions anglo-saxonnes semblent avoir presque exclusivement retenu l'abstention comme élément de complicité pour les agissements criminels commis par des subordonnés.

Ainsi, le tribunal militaire américain de Manille a condamné à mort le 18 avril 1946 le major-général et lieutenant-général Shiyoku Kou, reconnu coupable d'avoir "intentionnellement et illégalement" manqué aux devoirs découlant de ses fonctions en tolérant que des meurtres et d'autres crimes soient commis à l'encontre de prisonniers de guerre et d'autres internés (4). Le Tri-

- 1) Cf. Cons. de guerre du Brabant, 2ème ch. fr., 22.3.50 (arrêt cité par Foriers, ibi.); comp. Cons. de guerre de Bruxelles, 30.11.48 ; Sch. O. (RDPC, 1947-48, p. 303) ;
- 2) Cf. Trib. Gén. de Rastatt, 1.2.47 ; Schwartz et Hartjenstein (arrêt cité par Speyer, loc. cit.) ;
- 3) Cf. Trib. Gén. de Rastatt, 21.11.47 ; Adam Dickmann (ibidem) ; cf. aussi Marcel Kirschen, Le jugement des criminels de guerre au tribunal Général de Rastatt (Journal des tribunaux belges, 1948, p. 293) ;
- 4) Cf. Law Reports, Vol. V, p. 86.

bunal militaire américain siégeant à Yokohama a également condamné un autre officier japonais, Yuicki Sakamoto, le 13 février 1946, notamment pour avoir en tant qu'officier chargé du commandement du camp de prisonniers de guerre No 1 de Fukuoka "toléré que des subordonnés commettent des atrocités cruelles et brutales" (1). De même, le tribunal militaire américain de Guam a reconnu la culpabilité de plusieurs officiers japonais en août 1946 "pour avoir négligé ou s'être illégalement abstenus de remplir le devoir qui leur incombait en tant que Général en chef et selon leurs grades respectifs, de surveiller leurs subordonnés et les autres individus qui pouvaient se trouver sous leur contrôle ou de protéger convenablement les prisonniers de guerre, en tolérant l'exécution illégale de prisonniers de guerre ou en laissant des individus se trouvant sous leur contrôle empêcher illégalement l'organisation de funérailles honorables pour des prisonniers de guerre décédés, en mutilant leurs corps, ou en étant cause de leur mutilation, ou en mangeant la chair de leurs corps"(2). On pourrait encore citer de nombreux procès analogues qui ont eu lieu devant les tribunaux australiens. Ainsi, le Général Hitoshi Imamura et le Lt-Général Masao Baba ont-ils été reconnus coupables par le tribunal australien siégeant à Rabaul, "d'avoir illégalement manqué et failli au devoir qui leur incombait à chacun en tant que commandant de surveiller leurs subordonnés, de sorte que ces derniers ont commis des atrocités et autres crimes graves contre des ressortissants du Commonwealth d'Australie et ses Alliés" (3).

Ajoutons, enfin, que, selon la plupart des jugements qui viennent d'être mentionnés, il n'est pas nécessaire que l'omission ait été intentionnelle pour être punissable. Il suffit que le supérieur ait fait montre d'une simple négligence ou d'une indifférence voulue, c'est-à-dire d'un dol éventuel.

Ainsi, le juge conseiller du Tribunal militaire australien de Rabaul a-t-il déclaré dans l'affaire Baba Masao déjà citée qu'il appartenait à l'Accusation d'établir que les crimes commis avaient été causés par le fait que l'inculpé s'était abstenu de remplir ses devoirs de commandant, "soit par un manquement délibéré à ces devoirs, soit en les négligeant volontairement, sans se soucier de savoir si cette carence aurait ou non un crime de guerre pour résultat". Il était reproché au Lt-Général Masao qui commandait la 37ème armée japonaise à Bornéo, d'avoir toléré les mauvais traitements et même l'exécution de prisonniers britanniques et américains évacués d'un camp dans un autre en raison du danger de débarquement allié. Sous-alimentés, manquant de médicaments, les prisonniers de guerre furent maltraités par leurs gar-

1) Cf. Law Reports, Vol. V, p. 86 ;

2) ibidem ;

3) ibidem, p. 87.

diens qui les abattaient lorsqu'ils ne pouvaient plus marcher, sur l'ordre d'un officier qui était un des subordonnés de l'accusé. Informé des conditions dans lesquelles le premier contingent avait été évacué, le Général Masao ordonna néanmoins le départ du second par la même voie. Sur 540 prisonniers, 183 seulement atteignirent leur destination, mais 150 d'entre eux moururent peu après. A quelques temps de là, les 33 survivants furent fusillés sur l'ordre d'un officier subordonné de l'accusé.

Le Général Masao déclara pour sa défense qu'il avait fait de son mieux pour assurer le ravitaillement en vivres et en médicaments de la seconde colonne, la première étant partie avant qu'il n'ait pris son commandement et qu'en ce qui regardait le meurtre des 33 survivants, il avait eu lieu à une époque où les débarquements alliés avaient coupé toutes ses communications avec le camp de repli. "Dans ces conditions", devait conclure le juge conseiller, "le seul moyen de défense que l'accusé pourrait faire valoir serait d'établir que ce manquement était dû à des circonstances indépendantes de sa volonté ou d'une simple inadvertance qui ne puisse être qualifiée de négligence coupable. J'estime que les preuves fournies ne permettent pas de soutenir une telle argumentation" (1).

La négligence n'a, en revanche, pas été retenue dans l'affaire Franz Schönfeld, jugée par le tribunal militaire britannique siégeant à Essen.

Des policiers allemands faisant partie de la police d'occupation de 's Hertogenbosch aux Pays-Bas, avaient découvert trois pilotes alliés qui se cachaient et les avaient tués, prétendant que les victimes avaient cherché à les attaquer, bien qu'elles n'aient pas eu d'armes. L'accusé Harder, chef du service auquel appartenaient les accusés, était absent au moment des faits et il ne pût être établi qu'il ait donné des ordres pour l'exécution de cette mission. Le juge conseiller du tribunal a déclaré à son sujet : "Dans le cas d'une personne revêtue de l'autorité, la responsabilité pénale peut également résulter d'une négligence coupable, par exemple, si Harder avait des raisons suffisantes de supposer que ses hommes se laisseraient aller à commettre un crime de guerre contre leurs adversaires - qu'il se soit agi de membres de la résistance hollandaise ou de pilotes alliés - et c'est en réalité ce qu'ils ont fait et s'il s'est abstenu de prendre des mesures appropriées, afin d'empêcher que l'événement ne se produise".

Le juge conseiller poursuivit en déclarant qu'une telle doctrine ne devrait cependant trouver une application en pareil cas que dans l'hypothèse où il serait établi que l'un des subordonnés de Harder avait averti son chef de son intention d'abattre tous les suspects qu'il pourrait rencontrer : "En tout état de cause, le tribunal aurait eu à décider si les crimes poursuivis étaient

1) Arrêt cité (Law Reports, Vol. XI, p. 58).

le résultat naturel de la négligence de l'accusé ; ou, en d'autres termes, si un ordre de Harder, donné au moment approprié, aurait eu pour effet d'empêcher qu'aucun meurtre injustifiable n'ait été commis".

Le Tribunal d'Essen a déclaré Harder non coupable(1).

b) L'ensemble des décisions qui viennent d'être citées appellent plusieurs remarques.

On observera tout d'abord que le représentant de la minorité de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'arrêt Yamashita déjà cité, conteste, non l'existence d'une obligation de prévenir et de faire cesser les agissements criminels des subordonnés, mais l'étendue que la majorité de la Cour a donnée à cette obligation, alors que l'accusé n'était matériellement pas en mesure d'exercer un contrôle efficace sur ses troupes, étant donné les attaques constantes auxquelles elles étaient soumises de la part des armées américaines supérieures en nombre et en armement. Le juge Murphy dénie surtout - et c'est à cet aspect de son avis divergent qu'on se bornera à faire allusion pour le moment - toute application aux dispositions des traités internationaux invoqués par l'arrêt de la Cour (2).

Selon lui, l'art. 1er du Règlement annexé à la IVème Convention de La Haye ne saurait donner matière à l'interprétation extensive sur laquelle la majorité a basé son argumentation. Les mots "responsable pour ses subordonnés" n'indiquent nullement envers qui cette responsabilité s'exerce et ne renseignent pas non plus sur la nature de cette responsabilité. Le juge Murphy cite à ce propos l'opinion exprimée dans le traité de droit international d'Oppenheim-Lauterpacht, où cette formule est qualifiée de "peu claire" (3). Il note, en outre, que, selon Wheaton, cette responsabilité existe, mais probablement vis-à-vis d'une autorité supérieure. Cependant, Wheaton ajoute : "Il est possible que cela suppose simplement une personne qui surveille ses subordonnés et qui puisse, par conséquent, être appelée à répondre de leurs actes" (4) ce qui tendrait à confirmer néanmoins le point de vue exprimé par le tribunal américain de Manille et par la majorité de la Cour suprême. Mais Westlake semble moins affirmatif : "la responsabilité envisagée n'est probablement rien de plus que le pouvoir d'exercer un contrôle effectif" (5). Dans le même sens, Edwards et Oppenheim

1) Cf. Tribunal militaire britannique d'Essen, 26.6.46 ; Franz Schönfeld et autres (Law Reports, Vol. XI, p. 70-71) ;

2) Cf. Law Reports, Vol. IV, p. 34 ;

3) Cf. Oppenheim-Lauterpacht, International Law, 6ème éd., 1944, Vol. II, p. 204, note 3 ;

4) Cf. Wheaton's International Law, 7ème éd., 1944, p.172, n.30 ;

5) Cf. Westlake International Law, 1907, 2ème partie, p. 61.

estiment pour leur part suffisant "que le commandant de l'unité soit régulièrement ou temporairement désigné comme officier, ou soit une personne disposant d'une certaine position et d'autorité" (1). D'où M. Murphy conclut : "Il semble évident, sans discussion possible, que cette Convention de La Haye n'a pas entendu utiliser le mot responsable en vue d'obliger le commandant d'une armée défaite à disposer de pouvoirs de contrôle particulièrement efficaces, alors qu'il est l'objet d'une attaque meurtrière; elle ne l'a pas non plus utilisé afin de mettre à la charge d'un tel officier une responsabilité criminelle pour les crimes de guerre commis par ses troupes en pareilles circonstances" (2).

Quant à la Convention de La Haye, No X (art.19), à celle de Genève de 1929 (blessés et malades, art. 26), le juge Murphy les rejette également, non pour nier le principe même d'une responsabilité indirecte du supérieur, mais pour contester qu'on puisse en tenir compte dans les circonstances où se trouvait l'accusé. Il en va de même en ce qui regarde les règles de guerre américaines, également invoquées par la majorité de la Cour, bien que, relève le juge Murphy, le Règlement américain sur les lois de la guerre sur terre (Basic Field Manual, Rules of Land Warfare, F.M. 27-10-1940) ait précisément fait l'objet d'un amendement sur ce point en 1944, selon lequel seule la responsabilité pour les ordres donnés est retenue (3). L'autorité des précédents invoqués par le jugement dans le domaine de l'arbitrage lui paraît également contestable. Il s'agissait dans les espèces citées de droits relatifs à la propriété et non de crimes de guerre. Le juge Murphy considère également comme inapplicable la doctrine de droit commun invoquée et selon laquelle "celui qui a le devoir légal d'exercer une action protectrice ou préventive est coupable de meurtre s'il s'abstient d'agir, intentionnellement ou par négligence, en étant ainsi la cause immédiate de la mort" (4). Cela ne signifie pas "que les chefs ennemis peuvent échapper au châtement lorsqu'ils se sont manifestement et illégalement abstenus d'empêcher des atrocités", déclare enfin le juge Murphy, démontrant ainsi clairement qu'il ne rejette pas le principe même de l'abstention punissable, mais bien l'application qui en a été faite au Général Yamashita, et il ajoute : "Mais un tel châtement devrait être fondé sur des accusations convenablement définies à la lumière de règles établies du droit international et des notions reconnues de la justice". Le juge Rutledge a exprimé une opinion semblable. (5).

1) Landwarfare, 1912, p. 19, paragr. 22 ;

2) Cf. Law Reports, Vol. IV, p. 52 ;

3) Cf. ci-dessus , p. 335 ;

4) State v. Harrison, 107 N.J.L. 213 ; State v. Irvine, 126 La. 434 ; Holmes The Common Law, p. 278 ;

5) Cf. Law Reports, Vol. IV, p. 57.

Mais la jurisprudence des tribunaux alliés est surtout remarquable - seconde observation - par les conséquences qu'elle tire de l'abstention fautive des supérieurs poursuivis. En effet, ces arrêts retiennent l'inaction sous deux aspects différents, bien qu'étroitement confondus dans la plupart des espèces rapportées et qu'il importe de distinguer. La majorité d'entre eux se bornent à considérer l'inaction comme un fait pénalement condamnable lorsqu'elle constitue la violation d'un devoir positif incombant personnellement à l'accusé. Ainsi, de l'attitude du commandant d'un camp de prisonniers qui omet délibérément de leur donner une alimentation suffisante. Pourtant, certains de ces jugements et singulièrement les décisions des tribunaux anglo-saxons, vont plus loin et voient aussi dans l'inaction une forme possible de participation criminelle secondaire. C'est la passivité, l'inaction du supérieur qui n'empêche pas ses subordonnés, par exemple, de maltraiter les prisonniers qu'ils interrogent. Matériellement, il n'a rien fait. Mais en s'abstenant de sévir contre des subordonnés trop zélés, il leur donne une approbation tacite. Mieux encore, son acquiescement est de nature à exercer sur l'esprit de l'auteur principal une influence telle qu'elle le détermine à commettre le crime. Dès lors, l'inaction a toutes les apparences du fait positif, préalable ou concomittant qui réalise la coopération coupable.

Que faut-il penser de cette interprétation ?

Dans le premier cas, on peut se demander si, en dépit des dispositions spéciales qui figuraient dans la plupart des lois nationales sur la répression des crimes de guerre, les juges ne se sont pas substitués aux législateurs. En effet, il est généralement admis que le délit de commission par omission, c'est-à-dire celui qui produit par une inaction le résultat qui est d'ordinaire provoqué par une action, n'est punissable que dans l'hypothèse où l'abstention comporte la violation d'un devoir juridiquement protégé. On se souvient du cas de la séquestrée de Poitiers et de l'impossibilité où s'était trouvée, au début du siècle, la Cour de cette ville de retenir la culpabilité de ceux qui, pendant de longues années, avaient laissé "une personne majeure, atteinte d'aliénation mentale, dans une chambre sans air et sans lumière, dans un état de malpropreté indescriptible, au point que l'existence de cette personne se trouvait compromise...". En effet, la loi du 19 avril 1898 sur la répression des violences, voies de fait, cruauté et attentats commis contre les enfants, qui prévoyait la privation volontaire de soins et d'aliments envers des enfants au-dessous de 15 ans, ne pouvait s'appliquer à des personnes adultes atteintes d'aliénation mentale (1).

1) Cf. Poitiers, 20 nov. 1901 (S. 1902, 2, 305 et note J. Hémard); cf. Donnedieu de Vabres, *Traité*, No 117, p. 72.

Dans le cas des chefs militaires accusés de crimes de guerre commis sans ordre de leur part par des subordonnés, les tribunaux ont cherché à démontrer que les prévenus pouvaient se voir reprocher la violation de devoirs si évidents qu'il devait être possible de les considérer comme des devoirs juridiquement protégés. Pourtant, c'est au législateur et non au juge qu'il appartient de déterminer limitativement les cas où l'abstention peut être punie comme un délit de commission. Hors du cadre légal, on ne saurait sans arbitraire retenir des faits négatifs qui supposent "l'appréciation subjective d'éléments dont le contrôle objectif n'est pas possible" (1).

Dans le second cas, il semble plus dangereux en core de prétendre retenir l'inaction comme un fait constitutif de la complicité. Comme on l'a relevé plus haut, la doctrine du droit commun exige unanimement un fait positif pour que la coopération criminelle secondaire soit punissable et l'institution de la complicité "par tolérance" heurte de front le principe de la personnalité des peines puisqu'elle comporte nécessairement une présomption de culpabilité à l'encontre du chef dont les subordonnés ont commis des crimes. Il est singulier de voir que les tribunaux belges - en l'absence d'une disposition sur ce point dans la loi du 20 juin 1947 - ont néanmoins cherché à tirer du droit commun des éléments de répression qui n'y figuraient apparemment pas. Par sa continuité dans la condamnation de toute complicité par abstention, la jurisprudence de la Cour de cassation belge semblait pourtant devoir les inciter à renoncer à une telle pratique. C'est ce qu'ils ont fini par faire, dans un arrêt Düncker, rendu le 2 décembre 1950, et le 15 février 1951, par la Cour militaire, 5ème chambre française.

Il s'agissait d'un chef de groupe de la police secrète allemande qui, ayant eu connaissance des violences auxquelles étaient soumis les prisonniers, n'avait pas agi en vue de mettre fin à ces abus. La Cour militaire a prononcé son acquittement le 15 février 1951 en ces termes : "Attendu cependant que la coexistence de la connaissance de cet état de violences et l'abstention volontaire ou la négligence d'y porter remède ne doivent pas nécessairement s'interpréter comme la volonté de coopérer matériellement ou moralement à l'instauration ou au maintien d'un système de coercition répréhensible ; attendu que les dispositions impératives et restrictives à la fois du Code pénal belge exigent un acte positif de coopération principale ou secondaire - soit matériel, soit moral - comme condition indispensable de leur application ; qu'un tel acte de corréité ou de complicité au vu des termes précis des art. 66 et 67 du Code pénal ne se rencontre pas en l'occurrence". Cet arrêt a été confirmé par la Cour de Cas-

1) Cf. Foriers, op. cit.

sation : "La participation prévue par le Chapitre VII du Livre I du Code pénal n'est punissable que lorsque toutes les conditions requises par les art. 66 et 67 du Code pénal sont remplies, plus spécialement lorsque le prévenu a participé à la perpétration suivant un des modes fixés par les articles précités ; que seul un acte positif préalable et concomittant peut constituer la participation ainsi prévue ; que dès lors en décidant que les dispositions des art. 66 et 67 du Code pénal exigent un acte de coopération principal ou secondaire, soit matériel, soit moral, comme condition de leur application, l'arrêt a fait une exacte application de la loi" (1).

Ce revirement de jurisprudence et la confirmation qu'il a reçue de la Cour suprême de Belgique montre que l'inaction "vis-à-vis de la coopération criminelle secondaire ... paraît bien sans effets juridiques possibles, quels qu'aient été les efforts faits parfois par la doctrine pour faire triompher la thèse opposée" (2). Dans l'affaire Düncker, le Ministère Public avait cherché à fonder la responsabilité pénale de ce policier allemand sur l'existence d'une "sorte de quasi-contrat" vis-à-vis des prisonniers. Des tentatives de cette nature sont à elles seules la preuve du défaut d'une disposition légale définissant une obligation précise dont la violation pourrait être pénalement poursuivie. Le jugement Düncker montre également combien l'art. 4 de l'Ordonnance française, et les dispositions analogues des autres lois nationales, dérogent au droit commun, puisque là où la notion de complicité par tolérance ne figure pas expressément dans le texte concernant la répression des crimes de guerre, les règles normales en matière de participation criminelle s'opposent à l'introduction d'une forme négative de complicité.

La parade, si l'on peut dire, a néanmoins déjà été esquissée. En effet, M. le premier avocat général Hayoit de Termicourt n'a-t-il pas déclaré : "Si cette abstention d'un chef à l'égard d'un subordonné revêt, en outre, en raison des circonstances qui l'accompagnent, le caractère d'une approbation ou d'un stimulant, elle peut devenir un acte positif, une aide ou une assistance prêtée à l'auteur de l'infraction" (3). C'est point pour point le raisonnement qu'avait tenu le tribunal correctionnel d'Aix dans l'affaire des agents de police de Miramas (4). Selon ces vues, il

1) Cf. Cour Milit., 5ème ch. fr., 2.12.50-15.2.51 ; Karl Düncker et autres et Cass. belge, 2ème ch., 24.9.51, Pas. 1952, I, 13 (cité par Foriers et RDPG, 1951-52, p. 555 et note R.S.) ;

2) Foriers, op. cit. loc. cit. ;

3) Cf. Pas. 1952, I, 13 ; comp. Cass. belge, 24.2.49 (pas., 1949, I, 136) ;

4) v. ci-dessus, p. 324.

ne suffirait pas que, le sachant et le voulant, le prévenu se soit abstenu d'agir alors que son devoir était d'empêcher le crime principal, il faudrait encore que son abstention ait joué un rôle positif soit avant, soit pendant l'activité coupable de l'auteur principal. Dans le cas du supérieur hiérarchique, c'est l'approbation, l'encouragement tacites qui provoquent le zèle du subordonné. Il pourrait, par conséquent, se voir poursuivi, soit comme co-auteur, soit comme complice, suivant que l'aide ainsi apportée a été indispensable aux auteurs principaux ou a simplement facilité l'exécution de leurs crimes.

Tout va bien lorsque le ou les auteurs principaux sont présents pour dire quelle influence l'abstention de leur supérieur a exercée sur leurs desseins criminels. Mais sur quelle base les juges devront-ils se prononcer en matière de crimes de guerre où l'expérience montre qu'en pareil cas, les auteurs principaux qui sont légion ne peuvent être identifiés et que seul le supérieur est poursuivi contradictoirement ?

2.- La connaissance des agissements des subordonnés.-

a) C'est l'élément fondamental de la responsabilité du supérieur pour les agissements criminels de ses subordonnés qu'il n'a pas ordonnés.

D'une manière générale, on peut dire que le supérieur n'est pas responsable des actes qu'il a ignorés. Sinon la responsabilité est liée au seul fait d'être investi du pouvoir, c'est-à-dire d'exercer des fonctions de commandement sur un territoire ou sur une unité donnée. Pour conserver son caractère subjectif à la responsabilité pénale, il est indispensable que l'inculpé ait été au courant des agissements criminels de ses subordonnés. Sa détermination de rester inactif n'est coupable que lorsqu'elle a été prise en connaissance de cause.

La violation du devoir de surveillance et la connaissance des actes des subordonnés sont d'ailleurs des problèmes connexes. L'un est le corollaire de l'autre : le supérieur a le devoir de maintenir la discipline parmi la troupe et de l'empêcher de commettre des actes contraires à la loi, il a donc aussi celui de s'informer de la conduite de ses hommes, lorsque l'unité est suffisamment importante pour qu'il ne puisse en avoir connaissance par lui-même.

C'est pourquoi, on trouve dans la plupart des jugements la notion d'une certaine présomption de connaissance, soit que le fait même d'être investi de l'autorité implique le devoir de savoir ce qui se passe parmi les subordonnés, soit que, selon les circonstances, le supérieur inculpé se soit trouvé dans une situation telle qu'il devait ou tout au moins pouvait savoir.

Jusqu'où va ce devoir d'être informé des actes des subordonnés et dans quelle mesure la présomption de connaissance

peut être valablement retenue à l'encontre des supérieurs accusés de crimes de guerre, tels sont les points essentiels sur lesquels on va chercher à faire la lumière.

Auparavant, il convient d'examiner brièvement ce que signifie ici la notion de connaissance et à quels objets elle s'applique.

Dans l'étude qu'il a consacrée au crime d'appartenance à une organisation déclarée criminelle, autre forme de participation criminelle, M. Haensel a formulé sur le problème de la connaissance des observations qui demeurent pertinentes dans le domaine de la complicité proprement dite (1).

Qu'est-ce que la connaissance ? La connaissance se confond-elle avec l'intention ? Non pas, car si l'intention c'est comme le dit Garçon (2) - "la connaissance que l'agent possède qu'il accomplit un acte illicite", c'est en même temps la volonté de commettre cet acte. La connaissance et la conscience sont ici des synonymes, mais on ne saurait en revanche assimiler conscience et intention. On ne doit pas davantage faire dépendre la conscience de la volonté, sans quoi chacun pourrait ignorer tout ce qu'il ne voudrait pas savoir. M. Haensel rappelle que sous le IIIème Reich, cette dénégation commode de la réalité dans ce qu'elle a de défavorable, s'exprimait dans la formule pleine de superbe : "Der Führer weiss das nicht".

Suffit-il, en revanche, d'être matériellement informé, c'est-à-dire d'être au courant de l'acte d'autrui ou faut-il, en outre, l'approuver, même tacitement ? Lorsqu'on parle de connaissance, entend-on exclusivement la perception de faits passés ou la connaissance doit-elle être quelque chose de plus pour être relevante en droit ?

Haensel croit pouvoir déduire du jugement de Nuremberg la conclusion suivant laquelle la connaissance doit revêtir plus de substance que la simple perception ou le fait d'apprendre par ouï-dire. Il est significatif, à cet égard, de relever que l'accusé Fritzche lui-même, qui occupait pourtant un poste important au Ministère de la Propagande, a été déclaré non coupable par le Tribunal Militaire International, car "ses discours ne poussaient pas à la persécution et à l'extermination des Juifs. Rien n'établit qu'il ait connu leur extermination dans l'Est" (3).

La connaissance, selon l'usage qui en a été fait dans la Loi No 10 suppose donc un certain concert préalable, sans pour autant qu'il y ait concordance des intentions criminelles pour commettre un délit, car on se trouverait alors en présence, non d'un complice, mais d'un co-auteur. Il y a donc complicité en

1) Cf. C. Haensel, op. cit. p. 38-45 ;

2) Cf. Garçon, Code pénal annoté, art. 1, No 77 ;

3) Cf. Procès, T.I., p. 363-364.

connaissance de cause lorsque les buts criminels poursuivis par les auteurs principaux deviennent intellectuellement ceux du complice, bien qu'il n'ait pas lui-même l'intention de commettre un crime.

On ne saurait aller aussi loin dans le cas de la responsabilité du supérieur pour les actes de ses subordonnés, où il suffit que l'inculpé ait eu connaissance des actes de ses subordonnés et du caractère illicite de leurs agissements.

Il n'est, sans doute, pas possible de retenir la complicité d'un chef pour des actes qu'il a effectivement ignorés, sans quoi, sa culpabilité perdrait son fondement subjectif et deviendrait essentiellement objective, rompant ainsi avec les principes traditionnels du procès pénal.

Mais il n'est pas nécessaire, en revanche, pour que cette complicité soit réalisée, qu'il ait existé entre le supérieur et ses subordonnés le concert préalable qui figure dans la notion anglo-saxonne de "conspiracy". Il suffit - mais il faut - qu'il ait su ce que les hommes soumis à son autorité avaient fait pour qu'on puisse lui faire grief d'une "tolérance" répréhensible (1).

b) Le plus souvent, le problème de la connaissance des agissements criminels des subordonnés se résoud à une question de preuves. Le supérieur retenu comme complice n'a donné aucun ordre, mais surtout, il n'a jamais eu connaissance des actes criminels de ses hommes. Dès lors, l'intention de commettre un crime fait défaut et les poursuites dont les chefs militaires sont l'objet, risquent de tourner court chaque fois que cette connaissance n'est pas absolument évidente.

La plupart des procès dirigés contre les généraux commandant dans les territoires occupés, ou contre les commandants de camps de concentration, ou de camps de prisonniers de guerre, démontrent que la preuve d'une connaissance positive - analogue à celle que réclame le paragr. 47 du Code pénal militaire allemand de 1940 - n'est que rarement faite. Très généralement, le supérieur n'est inculpé qu'en raison de son grade et des fonctions qu'il exerçait, d'une part, et des crimes commis par ses subordonnés, d'autre part. Le fait que des hommes sur lesquels l'inculpé a des pouvoirs de commandement aient commis des crimes suffit fréquemment à le faire considérer comme complice. Le lien de subordination entre auteurs principaux et complice supplée à l'absence de preuve directe de la culpabilité du supérieur. En un mot, on se trouve en présence d'une présomption de connaissance qui donne d'ailleurs naissance inévitablement à une présomption de culpabilité.

1) Comp. R. Legros, L'élément intentionnel dans la participation criminelle, (RDPC, 1952-53, p. 117, sp. 119).

Sur quelle base les Tribunaux Militaires alliés ont-ils considéré que les officiers ennemis traduits devant eux pouvaient ou même devaient, étant donné les circonstances, avoir eu connaissance des atrocités commises par leurs troupes ?

En premier lieu, sur le nombre et la gravité des crimes.

"Il est absurde ... de considérer qu'un chef militaire est un assassin ou un pillard parce qu'un de ses soldats commet un meurtre ou un pillage. Néanmoins, lorsque l'assassinat, le pillage, les atrocités, les actes de vengeance constituent des crimes monstrueux et que le commandant n'effectue aucune tentative pour découvrir ces actes criminels, il peut être tenu responsable et même pénalement responsable des actes illicites commis par ses troupes, selon leur nature et les circonstances qui les entourent" (1).

Il ne suffit donc pas d'un ou même de quelques délits sans gravité pour qu'on puisse admettre que le général en chef ait dû nécessairement en avoir connaissance. Il faut que les subordonnés aient eu une activité criminelle, remarquable à la fois par son importance, c'est-à-dire par la variété des actes illicites ou par la répétition de certains d'entre eux, et par l'ampleur du préjudice qu'elle a causé, soit par le nombre des victimes, des édifices détruits ou des biens pillés ou incendiés.

Les preuves avaient établi dans l'affaire List que des dizaines de milliers de civils avaient été exécutés en représailles des attentats perpétrés par la Résistance contre les troupes allemandes. L'accusé List ne pouvait prétendre ignorer un tel déploiement d'activité criminelle, alors que chacun de ses soldats en avait sans aucun doute connaissance (2).

La présomption de connaissance des agissements des subordonnés reposera en second lieu sur la localisation des crimes dans l'espace et dans le temps.

Pour qu'on puisse admettre que le commandant d'une armée ou d'un groupe d'armée ait pu savoir quel était le comportement de ses troupes, il faut que les crimes aient été commis dans une même région. Des actes isolés ne sauraient de toute évidence attirer l'attention d'un officier de grade élevé. Il appartient, en pareil cas, aux commandants subalternes de prendre les mesures de répression nécessaires et on ne peut faire grief au chef d'une armée d'avoir ignoré ce qui est davantage une manifestation de désordre ou une infraction à la discipline qu'un crime de droit commun non-justifié par les lois et coutumes de la guerre.

1) Aff. Yamashita, Law Reports, Vol. IV, p. 35 ;

2) aff. List, Law Reports, Vol. VIII, p. 70-71 (trad. p. 33).

Il faut encore que les agissements répréhensibles de la troupe aient eu lieu dans un laps de temps suffisamment long pour ne pas passer inaperçus. Pour être systématiques, des mauvais traitements exercés sur des prisonniers de guerre doivent revêtir une certaine durée et en même temps une certaine continuité. Des sévices occasionnels, sporadiques, si graves soient-ils, ne suffiraient pas. Ainsi, l'accusé Erwin Tschentscher, commandant de bataillon à la tête d'une colonne de ravitaillement et commandant d'une compagnie sur le front oriental en 1941 a-t-il été déclaré non-coupable du massacre de civils juifs et d'autres non-combattants commis en Pologne et en Ukraine par ses subordonnés. Le Tribunal Militaire américain de Nuremberg avait jugé, en effet, que le précédent de l'aff. Yamashita ne s'appliquait pas à son cas.

"A supposer que les preuves rapportées par l'accusation sur la participation de subordonnés relevant de son commandement soient exactes, la part que ces hommes ont pu prendre aux crimes n'était pas d'une importance et d'une durée suffisantes pour que l'inculpé ait pu en avoir connaissance, et se soit trouvé en mesure d'exercer un contrôle sur leurs actes" (1).

En revanche, l'échelonnement des crimes dans le temps ne doit pas non plus être par trop considérable. La concentration de l'activité nuisible d'une unité donnée sur quelques jours ou quelques semaines est certainement un élément de nature à retenir l'attention, tandis que les mêmes crimes répartis, par exemple, sur plusieurs années d'occupation ne revêtiraient évidemment pas autant d'importance.

Une analogie dans les méthodes, une certaine similitude dans la forme des actes criminels accomplis dans une même région et en quelques jours constituent encore des éléments qui concourent à faire admettre, soit l'existence d'un ordre ou d'une politique générale dont ces crimes ne sont que l'exécution, soit la connivence obligée du chef commun à tous les auteurs principaux.

Le jugement du Tribunal Militaire international de Tokio a relevé que les preuves produites devant lui avaient révélé "des atrocités commises sur tous les théâtres de la guerre sur une si vaste échelle et revêtant en outre des formes si semblables sur tous les théâtres qu'une seule conclusion est possible : ces atrocités étaient, soit secrètement ordonnées, soit volontairement tolérées par le gouvernement japonais ou par chacun de ses membres et par les chefs de l'armée" (2).

-
- 1) Tribunal Militaire américain de Nuremberg, 3.11.47-11.8.48 - Law Reports, Vol. VII, p. 49 et Vol. XV, p. 70 ;
 - 2) Law Reports, Vol. XV, p. 65.

Il est intéressant de noter à ce propos la formule adoptée dans l'acte d'accusation dirigé contre le général allemand Ramcke, inculpé de complicité d'homicides volontaires, de complicité de pillages et d'incendies volontaires commis par la 2ème division de parachutistes dont il avait le commandement en Bretagne, de juin à septembre 1944.

"... par leur nombre, leur gravité, leur répétition, leur localisation dans l'espace et dans le temps et enfin, par le nombre des victimes, ces actes criminels constituent sans aucun doute les éléments isolés d'un plan préparé à l'avance, dont la responsabilité incombe au chef commun des unités en question, soit au commandant de la division" (1).

Le Général Ramcke n'avait donné aucun ordre criminel et son attitude, que les témoignages dépeignent au contraire comme respectueuse des lois de la guerre, ne permet pas à première vue de conclure à une "tolérance" coupable au sens de l'art. 4 de l'Ordonnance de 1944.

En condamnant néanmoins l'accusé, qui avait toujours déclaré ignorer l'activité criminelle de ses hommes, les juges français ont tiré argument des circonstances dans lesquelles les faits principaux s'étaient passés, non pour faire grief au Général Ramcke d'une inaction coupable en ne prenant pas les mesures nécessaires pour prévenir ou réprimer ces crimes, mais pour conclure à l'existence d'un plan "préparé à l'avance".

C'est donc bien davantage la complicité par organisation que la complicité par tolérance qui est visée en l'espèce. Et on voit immédiatement pourquoi il a pu paraître préférable de formuler l'accusation dans ces termes, plutôt que d'incriminer simplement l'inaction. Si l'Accusation parvenait à rendre vraisemblable l'existence d'une politique générale, ou d'un programme dont elle puisse faire grief à l'accusé, les crimes étaient désormais le résultat d'instructions de sa part, c'est-à-dire d'actes positifs et il n'était plus nécessaire qu'il ait eu connaissance de ces actes criminels, comme cela eût été le cas si l'accusation s'était basée exclusivement sur l'abstention coupable.

Bien que l'Ordonnance du 28 août 1944 soit expressément visée au jugement, il est difficile de savoir sur quelle base le tribunal militaire de Paris a reconnu la culpabilité du Général Ramcke, étant donné l'absence de considérants. Mais, tout en observant l'intérêt d'une formule qui permet d'éviter les écueils de la responsabilité purement indirecte, on peut se demander si les indices sur lesquels elle repose sont suffisamment précis et concordants pour faire conclure à l'existence des instructions incriminées, que l'accusé n'a d'ailleurs pas cessé de nier.

1) Tribunal Militaire de Paris, 21.3.51 ; Hermann-Bernard Ramcke.

A côté des circonstances propres aux faits principaux, celles qui touchent aux subordonnés qui en sont les auteurs constituent aussi des éléments faisant présumer que leur supérieur doit avoir connaissance de leur activité criminelle. Ainsi, le degré de discipline des troupes, leur plus ou moins grande homogénéité devront être pris en considération.

Il en va de même d'ailleurs en ce qui regarde la personne du supérieur poursuivi, dont l'âge et une longue carrière militaire ou, au contraire, l'inexpérience constituent des éléments de nature à confirmer ou à infirmer la connaissance présumée des actes de ses subordonnés. Parlant de Karl Brandt, principal accusé du procès des médecins allemands, le tribunal militaire américain de Nuremberg déclare à ce sujet : "Etant donné la position qu'il occupait, le savoir et l'expérience dont il disposait, il avait le devoir de faire les investigations appropriées au sujet des expériences médicales qui, il le savait, avaient eu lieu, avaient encore lieu et continueraient sans aucun doute à avoir lieu dans les camps de concentration" (1).

On voit ce que de tels critères ont d'incertain.

En présence des dénégations d'un chef militaire ou politique, le juge éprouvera fréquemment des difficultés à trouver dans les circonstances de la cause des éléments suffisants pour établir l'existence d'une intention criminelle.

D'un côté, il est souvent inconcevable que les subordonnés aient agi sans ordre. Et à supposer qu'ils l'aient fait, leur respect de la hiérarchie militaire leur aurait imposé de rendre compte de leurs actions à leur commandant. Lorsqu'un grand nombre de crimes ont été commis dans des limites relativement restreintes dans l'espace et dans le temps, comment admettre que celui dont le devoir est d'être informé de tout, y compris de ce qui se passe chez l'ennemi, afin de défendre un secteur ou un territoire déterminés et d'assurer la sécurité de ses troupes, n'ait rien su des actes criminels commis par ses propres hommes ? S'il ne les a pas ordonnés, il en a au moins eu connaissance et son inaction est le signe d'une approbation tacite qui ne saurait demeurer impunie.

D'un autre côté, un doute subsiste la plupart du temps. La guerre est précisément le règne de l'anormal. Si consciencieux soit-il, un général n'est pas omniscient. Et lorsqu'il assume le commandement d'une armée entière, ou même de plusieurs armées comme c'était le cas du Général Wilhelm von Leeb, comment présumerait-on avec quelque vraisemblance qu'il pouvait avoir connaissance des actes criminels commis dans un secteur allant de la Pologne à Leningrad, alors qu'il se trouvait aux prises avec des problèmes tactiques démesurément grands ?

1) Cf. aff. Brandt (Law Reports, Vol. VII, p. 63) ; comp. aff. Yamashita (Law Reports, Vol. IV, p. 94).

Mais une telle présomption n'est pas irréfragable. Aussi, convient-il d'examiner maintenant, toujours d'après la jurisprudence des tribunaux alliés, quelles preuves libératoires ont été généralement déclarées recevables ou, en d'autres termes, quels faits l'inculpé doit établir pour démontrer "qu'il ne pouvait avoir connaissance" des agissements criminels de ses subordonnés.

c) Le supérieur inculpé de complicité passive peut-il se libérer en invoquant purement et simplement son ignorance ?

La grande majorité des décisions rendues en matière de crimes de guerre montrent que l'ignorance alléguée ne suffit pas à disculper le commandant poursuivi pour n'avoir pas réagi lorsque ses troupes commettaient des crimes. Il ne suffit pas de dire "je n'ai pas su" lorsqu'il existait un devoir de s'informer, il faut encore établir ou rendre vraisemblable, qu'étant donné les circonstances, on ne pouvait pas savoir.

Comme on l'a déjà vu, ce devoir de savoir est attaché par définition à l'exercice du commandement et celui qui ne s'informe pas viole déjà une obligation positive, lorsque les faits qu'il avait le devoir de connaître touchent précisément au sort des individus ou des biens dont il a la responsabilité. Ainsi, un commandant de camp de prisonniers engage certainement sa responsabilité s'il néglige de contrôler périodiquement l'exécution de ses ordres, par exemple, pour éviter que les prisonniers ne soient frappés par leurs gardiens. De même, le général commandant une armée en territoire occupé doit s'enquérir des méthodes appliquées par ses hommes, par exemple, dans la lutte contre les attentats de la Résistance, non pas seulement d'ailleurs dans l'unique intérêt des habitants du territoire occupé qui pourraient, sans cela, subir des représailles injustifiées, mais aussi dans l'intérêt de la sécurité des troupes occupantes. Car l'expérience montre que, lorsque le maintien de l'ordre et de la vie publics est menacé, des mesures excessives ou simplement inappropriées n'ont d'autre effet que de provoquer une surenchère d'attentats et de représailles manifestement sans issue.

Dans l'affaire Pohl, le tribunal a déclaré à propos de l'un des co-accusés :

"L'affirmation de Mummenthy selon laquelle il ne savait pas ce qui se passait dans les camps de travail et les entreprises qui se trouvaient sous sa juridiction ne saurait le disculper. Son devoir était de savoir" (1).

Il ne faut évidemment pas se méprendre sur le sens de cette affirmation sommaire. Il n'est pas fait grief à l'accusé

1) Aff. Pohl - arrêt cité (Law Reports, Vol. XV, p. 72).

d'avoir ignoré des infractions sans importance à la discipline, mais bien des sévices graves, répétés, systématiques, qui ne devaient pas échapper à son attention s'il avait effectivement exercé le contrôle qu'on était en droit d'attendre de sa part. Les éléments du nombre, de la gravité des crimes, de leur localisation dans l'espace et dans le temps, du nombre des victimes, qui ont été mentionnés ci-dessus prennent ici tout leur sens.

Le devoir de connaissance des actes illicites des subordonnés varie cependant d'étendue et de nature suivant la position et les fonctions de l'inculpé.

On ne réclamera pas une vigilance analogue et pour les mêmes objets de la part d'un simple commandant de camp ou de la part d'un général d'armée à la tête de ses troupes.

D'une manière générale, cependant, s'il a été admis qu'un chef militaire doit être tenu responsable de la discipline de ses subordonnés - principe fondamental déjà énoncé ci-dessus - la règle corollaire veut qu'il soit également au courant des violations du droit de la guerre commises par ses troupes. La discipline représente donc, non seulement l'obéissance aux ordres reçus, mais le fait de conformer sa conduite avec le droit, externe aussi bien qu'interne. Et la théorie de l'illégalité manifeste, dégagée à propos des crimes commis sur ordre, trouve ici son application pour le supérieur, aussi bien que pour le subordonné. Le supérieur ne peut négliger de s'informer des violations flagrantes commises par ses troupes.

Ainsi, les juges du Tribunal Militaire chinois siégeant à Nankin ont-ils jugé dans une aff. Takashi Sakai qu'il était impossible d'admettre que l'inculpé "n'ait pas eu le devoir d'être au courant des atrocités commises par ses subordonnés pendant les deux années durant lesquelles il dirigeait les opérations militaires dans le Kouang-Toung et à Hong-Kong" (1).

Bien que le réquisitoire n'y fasse pas expressément allusion, la nécessité de connaître les actes commis par les subordonnés est implicite dans le jugement rendu contre le Général Seeger par le Tribunal Militaire britannique de Wuppertal (2).

Dans une affaire Sawada, l'accusé à qui il était fait grief notamment d'avoir toléré les mauvais traitements dont les aviateurs américains avaient été l'objet avant d'être jugés et condamnés à mort pour avoir bombardé des objectifs non-militaires, avait reconnu être au courant des stipulations de la Convention de Genève relative à la protection des prisonniers de

1) Tribunal Milit. du Ministère de la Défense Nationale à Nankin, 27.8.46 ; Takashi Sakai - Law Reports, Vol. IV, p. 88 ;

2) Trib. Milit. brit. de Wuppertal, 11.7.46, Seeger, Law Reports, Vol. IV, p. 88.

guerre. Il avait admis également que la prison où se trouvaient les victimes dans des conditions inhumaines relevait de son autorité. Pourtant, il n'y avait jamais pénétré et ne s'était pas préoccupé de savoir de quelle manière les prisonniers de guerre étaient matériellement traités (1).

Il ne paraît, en effet, pas exagéré de demander qu'un chef militaire responsable des prisonniers ennemis, sinon exerce lui-même un contrôle sur les conditions d'existence qui leur sont faites, du moins réclame les rapports nécessaires à ce sujet, quelles que soient les préoccupations que lui cause l'évolution des hostilités.

Le cas des prisonniers de guerre a également été traité par le Tribunal Militaire international de Tokio, mais à propos de la responsabilité d'inculpés d'un rang plus élevé.

Selon le Tribunal, les fonctionnaires et les chefs militaires sont responsables, non seulement de l'établissement d'un système garantissant un traitement approprié des prisonniers de guerre, mais aussi de son fonctionnement efficace. Chacun d'eux a, par suite, le devoir de vérifier que le système fonctionne. S'il remplit ce devoir, sa responsabilité est dégagée. Elle subsiste cependant si les chefs intéressés :

" 1.- avaient connaissance du fait que ces crimes étaient commis et, sachant cela, s'étaient abstenus de prendre les mesures entrant dans leurs attributions en vue d'en prévenir le renouvellement ou,

" 2.- si ces chefs ont failli à leur devoir de s'informer" (2).

Parlant, en revanche, de la responsabilité plus générale d'un commandant exerçant l'autorité militaire en territoire ennemi occupé, le Tribunal Militaire américain de Nuremberg a déclaré dans l'aff. List :

"Il (l'inculpé) a le devoir, sous sa propre responsabilité, de maintenir la paix et l'ordre et d'empêcher les crimes. Il ne peut pas ne pas connaître des faits évidents et plaider l'ignorance pour se défendre" (3).

d) Le devoir d'être au courant des infractions graves de ses troupes est donc attaché pratiquement à l'exercice de n'importe quel commandement militaire. Le supérieur inculpé sévra, pour se libérer de cette présomption de connaissance, démontrer, par exemple, ou rendre vraisemblable, une impossibilité matérielle de demeurer en contact avec ses troupes et, par conséquent, de savoir ce qu'elles faisaient.

1) Trib. Milit. américain de Shanghai, 15.4.46 ; Shigeru Sawada - Law Reports, Vol. V, p. 1 ;

2) Law Reports, Vol. XV, p. 72-74 ;

3) Aff. List, Law Reports, Vol. VIII, p. 69 (trad. p. 29).

La question des liaisons entre le Quartier-Général et les diverses unités d'une armée ou d'une division a été examinée dans plusieurs procès.

aa) C'est ainsi que le défaut de communications avec ses troupes qui s'étaient livrées à toutes sortes d'actes répréhensibles, a valu un acquittement au Général Ottenbacher devant le Tribunal Militaire de Paris.

Au début de 1944, le Général Ottenbacher, qui était un officier expérimenté, reçut du Général von Stulpnagel, alors commandant des forces allemandes stationnées en France, l'ordre de prendre le commandement d'un corps de troupes composé d'éléments divers de l'armée allemande et de réduire les formations de résistants qui opéraient des ravages en Corrèze et dans les régions avoisinantes. Les colonnes du Général Ottenbacher ont suivi approximativement l'itinéraire Périgueux-Brive entre le 22 et le 30 juin 1944. De Brive, elles se sont rendues à Limoges, entre le 9 et le 25 juillet ; les jours suivants, elles ont rayonné autour de cette dernière ville. Au cours de ces déplacements, de nombreux engagements se sont produits entre les troupes allemandes et le maquis qui paraissait fortement organisé, recevant vivres, armes et munitions par parachutages. Il y eut des pertes de part et d'autre. Des maisons d'habitation furent pillées et incendiées par les allemands. Une série d'exécutions sommaires ont, en outre, été relevées.

A l'exemple du Général Ramcke (1), le Général Ottenbacher était accusé de complicité d'assassinats, de complicité de pillages et de complicité d'incendies volontaires pour avoir "toléré" les exactions commises par les troupes qui étaient sous ses ordres (art. 4 de l'Ordonnance du 28 août 1944).

En dépit des témoignages d'officiers allemands qui avaient exercé des commandements dans la région et selon lesquels l'accusé, en sa qualité de commandant en chef, n'avait pu ignorer les pillages ou les exécutions qui avaient eu lieu, le Général Ottenbacher a été reconnu non-coupable.

Il a fait valoir que les éléments qui se trouvaient sous ses ordres étaient des plus hétérogènes et qu'il ne disposait que de moyens de liaison très sommaires, puisqu'il devait avoir recours au réseau téléphonique français pour transmettre ses ordres, ainsi qu'un témoin l'a confirmé. En définitive, il ne connaissait la situation que par les commandants d'unités qui faisaient état dans leurs rapports des résultats obtenus, mais se gardaient évidemment de donner des détails sur les moyens employés.

L'absence de considérants ne permet, sans doute, pas de dire à quelles raisons les juges français - généraux, eux

1) Cf. ci-dessus, p. 313 et 356.

aussi - se sont rendus dans cette affaire. On peut cependant se permettre de penser que le défaut de communications suffisantes entre l'accusé et les auteurs principaux est entré pour une part importante dans leur décision (1).

Dans l'affaire Yamashita, l'avis divergent du juge Murphy, déjà cité, semble fondé en grande partie sur les mêmes considérations. En effet, le représentant de la minorité de la Cour suprême a nié l'existence d'une responsabilité indirecte du supérieur selon le droit des gens, lorsque l'inculpé n'avait en fait aucune connaissance des actes de ses subordonnés. Il a mis sur le compte de la désorganisation des liaisons, engendrée par les attaques de l'ennemi, l'ignorance légitime où le Général Yamashita se trouvait des agissements criminels de ses troupes(2). bb) En revanche, il est clair que lorsque les rapports des unités subordonnées rendent compte d'une politique de terrorisme et d'intimidation (réquisitions illégales de vivres, déportations dans les camps de concentration, déportations pour le travail forcé), qui viole les lois et coutumes de la guerre, le supérieur auquel ils sont destinés ne peut nier en avoir eu connaissance.

Dans l'affaire List, le tribunal militaire américain de Nuremberg a considéré que : "Ce serait trop demander à la crédulité du tribunal que de vouloir lui faire admettre qu'un officier de haut rang se fût permis de perdre contact avec les événements survenus dans sa zone de commandement en temps de guerre". Après avoir rappelé combien l'armée allemande était efficace et de quels moyens de liaison elle disposait, le tribunal américain a admis, il est vrai, que l'éventualité d'une interruption des communications entre le commandant en chef et ses subordonnés pouvait se produire, mais ne saurait être considérée comme fréquente.

Et le Tribunal ajoute plus loin :

"Le fait d'ignorer le contenu des rapports ne constitue pas une excuse. Les rapports adressés aux généraux commandant une zone sont rédigés à leur intention. S'ils n'ont pas pris connaissance du contenu de ces rapports ou s'ils n'ont pas exigé de rapports supplémentaires lorsqu'ils leur semblaient insuffisants, ils ont failli à leur devoir et ne peuvent présenter comme excuse ce manquement à leur mission" (3).

Cette question des rapports, source première de l'information d'un chef d'armée, est liée à celle des relations qu'il entretient avec son chef d'Etat-Major.

Un chef d'Etat-Major ne détient généralement pas de pouvoirs de commandement. Il prépare les ordres pour le géné-

1) Cf. Tribunal militaire de Paris, 27.10.50 ; Otto Ottenbacher ;

2) Cf. ci-dessus , p. 346 ;

3) Aff. List - Law Reports, Vol. VIII, p. 66 (trad. p. 45).

ral en chef et lorsqu'il les signe, il le fait au nom du général en chef.

Dans les procès de crimes de guerre, les généraux ont tiré argument de cette situation pour faire valoir qu'ils ne pouvaient s'occuper de tous les détails d'exécution des ordres qu'ils donnaient et qu'ils pouvaient légitimement ignorer des ordres qui avaient été donnés en leur nom.

De leur côté, les chefs d'Etat-Major ont affirmé que seul le commandant en chef devait être tenu responsable des ordres et des actes accomplis en son nom.

La responsabilité des officiers qui transmettent des ordres criminels a déjà été examinée plus haut (1). Il n'y a pas lieu d'y revenir sinon pour relever qu'un commandant en chef ne saurait dégager sa responsabilité pour avoir transmis un ordre criminel donné par un échelon supérieur au sien, en déclarant ne pas avoir eu connaissance des rapports que ses unités lui en - voyaient. En effet, déclare le Tribunal dans l'aff. Leeb, en traitant le cas du Général Sperrle, "il aurait dû en avoir connaissance" (2). Au reste, il importe peu en pareil cas que le supérieur inculpé ait ou n'ait pas eu connaissance des actes d'exécution de l'ordre criminel transmis, puisqu'il a déjà engagé sa responsabilité en transmettant l'ordre.

Mais la responsabilité des généraux en chef peut être engagée non seulement par les ordres qu'ils donnent ou ceux qu'ils transmettent, mais aussi par les ordres donnés par leurs propres subordonnés.

C'est le cas des ordres que le chef d'Etat-Major signe au nom de son commandant en chef. Le Tribunal Militaire américain de Nuremberg note à ce sujet :

"Pratiquement, il arrive que le commandant en chef n'ait pas eu connaissance de ces ordres, bien que ceux-ci soient censés exprimer sa volonté. Le commandant en chef finit cependant en général par en avoir connaissance et on estime que, s'il ne les a pas démentis, ils expriment effectivement sa volonté" (3).

D'une manière ou d'une autre, le général en chef doit donc être informé des ordres qui sont donnés en son nom, même s'il est établi qu'il ne les a pas lui-même signés.

On peut encore se demander - autre aspect du même problème des preuves libératoires - si le supérieur inculpé de complicité passive peut faire valoir une absence temporaire pour se justifier.

La solution résulte du jugement Leeb qui distingue selon que les événements qui se produisent pendant l'absence d'un

1) V. ci-dessus, p. 257 ;

2) Aff. Leeb, Law Reports, Vol. XII, p. 111-112 ;

3) Aff. Leeb - Law Reports, Vol. XII, p. 81 (trad. p. 62).

commandant militaire "résultent d'ordres, de directives ou d'une politique générale qu'il a formulés" ou se produisent "à la suite de circonstances exceptionnelles et demandant une décision personnelle". Dans le premier cas, "sauf circonstances particulières", il sera tenu responsable des actes commis. Dans le second, "le commandant n'en sera en général pas considéré comme responsable, à moins qu'il ne les ait approuvés quand il en a pris connaissance" (1).

Des principes semblables paraissent avoir été appliqués dans une aff. Hisakasu par le Tribunal Militaire américain de Shanghai.

Le Général Hisakasu était accusé de complicité à la suite de l'exécution des condamnations à mort prononcées à son Quartier-Général de Hong-Kong contre un pilote américain, lui-même accusé d'avoir bombardé des objectifs non-militaires. La procédure du Tribunal japonais a été jugée irrégulière par les juges américains et le Général Hisakasu, qui était pourtant absent de Hong-Kong au moment des faits et n'y était retourné qu'après l'exécution, était considéré comme responsable.

Il avait, il est vrai, donné carte blanche à son chef d'Etat-Major pour l'ouverture du procès dont les enquêtes préliminaires lui étaient connues et il avait même signé en blanc plusieurs feuilles de papier dont son subordonné se servit pour ordonner, au nom de son chef, la convocation du Tribunal, puis l'audience du jugement et l'exécution de la sentence.

Mais le Général Hisakasu a été acquitté, car rien n'établissait qu'en donnant ce blanc-seing général, il ait su par avance que la victime ne bénéficierait pas d'un jugement équitable et qu'en cas de condamnation, la sentence serait exécutée sans qu'il en ait donné personnellement l'ordre. Aucun rapport ne lui fût présenté et ce n'est qu'une semaine environ après l'exécution qu'il paraît avoir appris comment le prisonnier américain avait été passé par les armes (2).

Il ne pouvait donc raisonnablement pas prévoir ce qui allait se passer et, par conséquent, prendre des mesures en vue d'empêcher le crime. La présomption de connaissance des actes des subordonnés liée à ses fonctions se trouvait ainsi détruite.

e) De mauvaises communications, une absence temporaire peuvent donc, dans les circonstances qui viennent d'être exposées, renverser la présomption de connaissance des agissements criminels des subordonnés, quelle que soit la situation du supérieur.

- 1) Aff. List - Law Reports, Vol. VIII, p. 70 (trad. CICR, p. 33);
- 2) Tribunal Militaire américain de Shanghai, 3.9.46 ; Tanaka Hisakasu, Law Reports, Vol. V, p. 66.

Mais une autre question peut encore se poser : celle de la subordination des unités.

Dans la plupart des lois nationales en matière de crimes de guerre, l'existence d'un lien de subordination entre le ou les auteurs principaux et le complice est une condition de la mise en oeuvre de la complicité passive. Dans l'art. 4 de l'Ordonnance française, l'application de la complicité par "organisation" lui est même également subordonnée.

Le problème est ici de savoir si la responsabilité - et par conséquent le devoir de surveillance du chef militaire - s'étend à toutes les troupes opérant à quelque titre que ce soit dans le secteur ou le territoire dont il a la charge, ou seulement aux troupes dont il a le commandement direct. Le supérieur doit-il savoir tout ce qui se passe dans le secteur déterminé ou seulement ce que les hommes appartenant à son arme ou à son unité font ou vont faire ?

Peut-il se libérer de la présomption de connaissance des actes des subordonnés en démontrant précisément que les auteurs principaux ne lui sont pas subordonnés et reçoivent leurs ordres d'autres autorités que de la sienne ?

La question a son importance. On a vu que dans le droit français l'absence de lien de subordination ôte toute base légale à une accusation de complicité passive fondée sur l'Ordonnance de 1944. A l'exception de la loi britannique et de la loi No 10, il en va de même pour tous les autres textes nationaux. Il est vrai qu'en pareil cas, l'inculpé demeurerait responsable si l'accusation parvenait à démontrer qu'il avait donné un ordre, c'est-à-dire si sa complicité se manifestait par un acte et non par une omission (1).

Une distinction préliminaire permettra de limiter l'étendue du problème. Comme les juges américains de Nuremberg l'ont indiqué dans l'aff. List, il convient en effet de noter d'emblée que la question de la subordination des unités sera déterminante lorsque le supérieur inculpé exerçait un commandement tactique. On conçoit en effet que le commandant d'une unité engagée dans les hostilités actives et appelée notamment à se déplacer fréquemment ne sera responsable que des hommes effectivement placés sous son commandement. En revanche, l'officier exerçant l'autorité militaire en territoire occupé, ne pourra se libérer sans autre de la présomption de connaissance des agissements de militaires de grades inférieurs au sien en arguant du fait qu'ils ne sont pas ses subordonnés directs. Le fait de détenir le pouvoir exécutif e territoire ennemi occupé semble donc conférer une responsabilité plus grande, que dans le cas du simple commandement tactique.

1) V. ci-dessus, p. 315.

Le Tribunal américain de Nuremberg déclare à propos de l'officier général commandant dans les territoires occupés qu'il "ne pourra rendre responsable d'un crime une unité recevant des ordres illégaux d'un autre que lui-même et se déclarer de ce fait déchargé de toute responsabilité" (1). "Sa responsabilité est d'ordre général et non limitée aux unités directement placées sous son commandement" (2).

Faut-il entendre par là que son devoir de surveillance s'étend, par conséquent, à tous les actes répréhensibles commis par des ressortissants de la Puissance occupante qu'il s'agisse de civils ou de militaires, de fonctionnaires, de policiers ou de soldats ?

Le jugement List inclinerait à le faire admettre.

Le jugement Leeb, sans contester le principe même d'une responsabilité générale du commandant en chef en territoire occupé, subordonne toutefois son application à une condition supplémentaire : il faut que son silence ou son inaction équivale à une approbation tacite des crimes commis.

On a déjà vu que dans le droit commun, c'est par l'espoir qu'elle fait naître chez l'auteur principal de n'être pas dénoncé ou même d'être plus ou moins directement approuvé que l'inaction du complice est exceptionnellement répréhensible (3). Dans le cas du subordonné direct, le fait que le supérieur ne réagit pas est sans doute un encouragement et c'est pourquoi il convient de lui attribuer un devoir de surveillance des actes de ceux qui lui doivent obéissance.

Ici, on considère que l'abstention est aussi synonyme d'approbation tacite, malgré l'absence de lien de subordination direct entre auteurs principaux et complices. En raison de sa position de commandant en chef, le supérieur qui demeure inactif lorsqu'il a connaissance des crimes commis sur le territoire où il représente la Puissance occupante, engage sa responsabilité. Il pourrait protester, demander des rapports, faire des objections quant aux méthodes appliquées, voire même demander à être déplacé si aucune suite n'est donnée à ses requêtes. En ne faisant rien, il abdique une partie des pouvoirs qui lui sont conférés.

Les circonstances de fait propres à chaque cas d'espèce sont évidemment déterminantes, ici plus que jamais. Il est néanmoins intéressant de rapporter les motifs de l'acquittement du Feldmarschal Wilhelm von Leeb (Procès du Haut-Commandement de l'armée allemande) sur le 4ème chef d'accusation (cri-

1) Aff. List - Law Reports, Vol. VIII, p. 69 (trad. p. 29) ;

2) Aff. List - Law Reports, Vol. VIII, p. 69 (trad. p. 29) ;

3) Aix, 14.1.47 (JCP. 1947, II, 3465) ; cf. ci-dessus, p. 324.

mes contre la population civile) (1).

L'accusé avait commandé le groupe d'armée Nord au cours de la campagne de Russie, soit du 21 juin 1941 jusqu'à sa démission le 16 janvier 1942. Parti de la Prusse orientale, il s'était avancé jusqu'à Leningrad. Le Tribunal relève que ses attributions étaient d'ordre uniquement stratégique et que son Quartier-Général n'avait à résoudre que des problèmes purement militaires. De nombreuses tâches administratives avaient été laissées aux armées qui lui étaient subordonnées et aux régions de l'arrière. "Dans de telles conditions", poursuit le Tribunal, "nous devons supposer qu'il a complètement ignoré beaucoup des détails d'exécution de ces tâches administratives laissées à ses subordonnés."

Pourtant, les preuves avaient démontré notamment que "certains services situés dans son ressort" s'étaient rendus coupables d'actes répréhensibles.

"Nous estimons cependant" - déclarent les juges américains - "que dans les circonstances que nous avons décrites, von Leeb ne peut en être rendu pénalement responsable pour la seule raison qu'il en était le commandant en chef et que les coupables étaient ses subordonnés. Il faut prouver pour cela qu'il a eu connaissance de ces actes répréhensibles et qu'il y a participé soit d'une façon active, soit par une approbation tacite".

Cette connaissance, le Tribunal a estimé qu'il ne l'avait pas eue, d'abord parce que l'Accusation n'avait pu établir que le programme général d'extermination des israélites tel que le gouvernement l'avait confié aux Einsatzgruppen était connu de lui et, ensuite, parce qu'au moment où il avait appris les seules exécutions massives qui eurent lieu dans son secteur, von Leeb avait immédiatement pris les mesures nécessaires, afin d'éviter le renouvellement de pareils incidents.

Les preuves n'établissaient donc pas que l'accusé avait eu en général connaissance du meurtre de personnes civiles commis dans son ressort par les Einsatzgruppen, ou que, lorsqu'il en avait eu connaissance, il avait tacitement approuvé ces actes criminels en demeurant inactif (2).

Ce verdict particulier n'infirme en rien le principe même de la responsabilité générale du commandant en chef en territoire occupé. Le jugement Leeb a, en effet, pris soin de préciser à nouveau que "l'un des rôles d'un commandant de zone d'occupation détenteur du pouvoir exécutif est de maintenir l'ordre et d'assurer la protection civile contre tout acte illégal". Tant que ses propres supérieurs ne lui donnent pas des directives qui limitent l'exercice de son pouvoir exécutif à l'égard de ces activités illégales dans son secteur, il a le droit et le devoir de prendre des mesures pour les empêcher. "Il ne peut prétendre en

1) Aff. Leeb - Law Reports, Vol. XII, p. 110 (trad. p. 111) ;

2) Aff. Leeb, Law Reports, Vol. XII, p. 111 (trad. p. 119).

même temps que ces activités ont été soustraites à sa compétence par ses supérieurs et qu'il a tout ignoré de leur existence". Mais le Tribunal conclut les considérations générales qui précèdent l'examen du cas de chaque accusé en relevant que les preuves produites ne permettent pas de dire "que les accusés ont eu en général connaissance de ces activités...". Il rejette donc la présomption générale de connaissance des activités illégales des Einsatzgruppen que l'Accusation entendait déduire de l'ampleur de leur programme d'extermination et des organes de liaison dont disposaient les commandants en chef dans les régions placées sous leur autorité. Le Tribunal a préféré avoir recours aux pièces concernant chacun des accusés pour se prononcer.

Selon lui, l'éloignement où se trouvaient certaines unités par rapport au Quartier-Général, la rareté des contacts entre les simples soldats - qui avaient parfois pris part aux exterminations massives - et les officiers de l'Etat-Major Général d'un groupe d'armées, le fait qu'une partie de l'activité des Einsatzgruppen était légale, puisqu'elle tendait "à assurer le maintien des communications de l'armée avec l'arrière, ce qui les amenait à combattre très souvent les francs-tireurs", le fait qu'au début de la guerre, plusieurs des massacres incriminés avaient sans doute été provoqués par le S.D., mais étaient en fait l'oeuvre des habitants qui s'étaient livrés à de véritables pogroms, enfin, le fait que les rapports du S.D. étaient adressés directement à l'Office central de la sécurité du Reich (RSHA) à Berlin, mais sans être soumis aux chefs de l'armée, ni transmis par eux, constituaient autant de raisons de rejeter une présomption générale de connaissance des activités illégales du S.D.

Le Tribunal relève cependant "que pour conclure à la responsabilité de ces accusés par leur approbation tacite, il ne suffisait pas d'établir qu'ils ont eu connaissance, mais aussi à quel moment ils ... ont eu connaissance (des activités illégales du S.D.)" (1).

f) Les remarques qui précèdent visent la connaissance des agissements criminels des subordonnés. Il va sans dire que pour être reconnu complice, le supérieur doit également être conscient du fait que les faits principaux sont des actes illicites, c'est-à-dire, dans le cas particulier, des violations du droit de la guerre.

Lorsque les supérieurs inculpés d'avoir "toléré" les actes répréhensibles de leurs subordonnés protestent de leur innocence en affirmant ne pas avoir eu connaissance de tels agissements, il arrive fréquemment que le débat se situe, non sur le

1) Aff. Leeb (Law Reports, Vol. XII, p. 79 - trad. CICR. p. 104).

terrain de la perception matérielle des faits telle qu'on vient de l'examiner, mais bien sur celui de la loi, interne ou externe, que ces actes ont violée.

Le Tribunal Militaire américain de Nuremberg a lui-même admis dans l'aff. Leeb que nombre des activités de la police d'occupation étaient en réalité légales, dans la mesure où il s'agissait de la lutte contre la Résistance et dans la mesure où les moyens mis en oeuvre pour réprimer les attentats contre la sécurité des troupes d'occupation demeuraient compatibles avec les lois de la guerre. Il est clair que l'occupant ne saurait rester insensible aux sabotages de voies ferrées, aux meurtres d'officiers et aux destructions d'installations et d'équipements militaires. Son devoir de maintenir l'ordre et la vie publics lui impose même de prendre des mesures appropriées.

La très grande majorité des procès de crimes de guerre montrent que c'est sur les moyens de rétorsion exercés à l'égard de la population que les avis diffèrent. Si l'extermination massive des habitants du pays occupé en raison de leur race ou de leurs opinions publiques ne saurait trouver aucune justification dans le droit international, il faut bien admettre que l'exercice des représailles, qui se situe d'ailleurs en dehors du droit, n'était pratiquement pas réglementé pendant la 2ème guerre mondiale. La prise et l'exécution d'otages n'était formellement interdite par aucun texte du droit de la guerre avant l'art. 34 de la Convention de Genève No IV du 12 août 1949. On peut en dire autant de l'exécution des civils capturés les armes à la main sur les arrières de la Puissance occupante (1).

Il n'est donc pas étonnant que des officiers supérieurs eux-mêmes aient pu se méprendre sur l'existence ou la force obligatoire de certaines règles du droit international et déclarer de bonne foi avoir ignoré que leurs troupes avaient une activité criminelle, non parce qu'ils n'étaient pas au courant des faits et gestes de leurs hommes, mais parce qu'ils n'avaient pas connaissance du caractère illicite de ces actes.

Sur ce point, le problème se pose dans les mêmes termes pour le supérieur et pour le subordonné. Les observations formulées au chapitre précédent en ce qui regarde l'influence de l'erreur de droit sur la responsabilité du subordonné pour l'exécution d'un ordre illégal, sont donc valables "mutatis mutandis" également dans le cas du supérieur poursuivi pour complicité passive des actes illégaux de ses subordonnés. La théorie de l'illégalité manifeste trouve donc ici aussi son application. (2).

1) Cf. A.R. Albrecht, War Reprisals in the War Crimes Trials and in the Geneva Conventions of 1949, A.J.I.L., Vol. 47 (Oct. 1953) p. 590 ;

2) Cf. ci-dessus, p. 243.

Ainsi, "les supérieurs ont le droit de présumer que les détails confiés à des subordonnés responsables seront exécutés conformément à la loi" (1). Pour qu'il y ait responsabilité pénale : "il faut que le chef des troupes d'occupation ait participé aux délits, les ait tolérés en toute connaissance de cause ou ait négligé de les interdire et qu'en outre, les actes commis possèdent un caractère délictueux évident" (2).

Selon le commentateur de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, cette application de la doctrine de l'illégalité manifeste au cas du supérieur complice des actes de ses subordonnés représente une innovation par rapport aux décisions qui ont précédé le jugement Leeb. Jusqu'alors, il suffisait que l'inculpé ait eu connaissance des actes de ses subordonnés, mais il n'était pas nécessaire qu'il ait su que ces actes étaient illégaux. Il pouvait donc être reconnu coupable d'actes qu'il croyait légaux, alors qu'en fait, il s'agissait de crimes. Le jugement Leeb apporterait donc une limite à la responsabilité du supérieur en ne faisant retenir sa complicité que dans les cas où elle était consciente, c'est-à-dire lorsque le supérieur savait, qu'en demeurant inactif, alors qu'il avait le devoir d'agir, il se faisait le complice d'un acte criminel (3).

Le devoir de vérifier la légalité des ordres qui ne sont pas manifestement criminels trouve d'ailleurs son corollaire dans une certaine obligation de contrôle qui est à la charge du supérieur.

En effet, ne peut-on pas admettre - avec toute la prudence requise, il est vrai - que si le prévenu de crimes de guerre occupant des fonctions importantes ou détenant des pouvoirs administratifs, politiques ou militaires d'une certaine étendue, a le devoir de vérifier la légalité des ordres qui ne sont pas manifestement criminels, le supérieur a également le devoir de vérifier si les actes de ses subordonnés sont conformes au droit ? Le premier est assujéti à un devoir d'obéissance direct pour l'ordre qui lui est donné, tandis que le second est théoriquement maître de ses décisions. Il serait donc juste d'assortir cette liberté d'une responsabilité accrue en ce qui regarde la légalité des actes commis par les subordonnés.

C'est ce que le Tribunal Militaire américain de Nuremberg a reconnu, notamment dans l'aff. Karl Brandt déjà citée (4).

Le jugement relate la présence de Brandt, nommé délégué plénipotentiaire du Chancelier du Reich pour le service de santé, à une réunion tenue en mai 1943 à l'Académie de médecine

1) Aff. Leeb - Law Reports, Vol. XII, p. 76 (trad. p. 98) ;

2) Ibid. p. 77 (trad. p. 100) ;

3) Law Reports, Vol. XV, p. 70, note 3 ;

4) Aff. Brandt, 20.8.47 - Law Reports, Vol. IV, p. 91-92.

cine militaire de Berlin. Au cours de cette réunion, des rapports furent présentés sur les expériences faites sur des internés des camps de concentration, sur les résultats obtenus et, notamment, sur les cas d'issues mortelles. Le Tribunal a fait grief à Brandt d'avoir négligé de s'enquérir des conditions dans lesquelles ces expériences étaient faites. Etant donné la position élevée qu'il occupait, il aurait pu savoir très facilement que les sujets d'expérience étaient des ressortissants étrangers, que les expériences faites sur eux avaient eu lieu sans leur consentement, au mépris le plus complet de leurs droits individuels et devaient être poursuivies à l'avenir dans les mêmes conditions.

Le Tribunal est arrivé aux mêmes conclusions en ce qui regarde Handloser, chef des services médicaux de l'armée et inspecteur médical de l'armée, qui était au courant des recherches médicales effectuées dans le domaine de la réfrigération pour le compte de la Luftwaffe, et Genzken, Lt-Général des SS., qui a négligé de s'assurer que les recherches entreprises à propos du typhus étaient faites dans les limites admissibles.

Il conclut en ces termes :

"Chacun de ceux qui prennent l'initiative d'une expérience, qui la dirigent et qui y prennent part, a le devoir et la responsabilité de vérifier la nature du consentement (des sujets humains d'expérience), Il s'agit d'un devoir et d'une responsabilité personnels qui ne peuvent impunément être délégués à des tiers" (1).

Il semble cependant que ce devoir de contrôle étendu soit attaché à l'exercice de fonctions ou d'un commandement en rapport direct avec les crimes poursuivis et que le fait de manquer de l'expérience et des connaissances techniques nécessaires soit un motif suffisant pour entraîner l'acquiescement.

Dans l'aff. Milch, Feldmarschall de la Luftwaffe, le Tribunal a, en effet, acquitté l'accusé qui était poursuivi comme complice des expériences illégales faites pour le compte de la Luftwaffe sur des internés dans des camps de concentration. Milch avait bien donné l'ordre d'entreprendre des recherches dans le domaine des réactions de l'homme à la haute altitude et aux basses pressions et il était constant qu'il s'est ensuite abstenu ou a négligé de prendre les mesures qui relevaient normalement de sa compétence en vue de protéger les sujets d'expériences contre un traitement inhumain ou contre les issues mortelles qui pouvaient en résulter.

"Nonobstant ces faits, le Tribunal est d'avis que les preuves rapportées n'établissent pas avec une certitude suffisante que le défendeur avait connaissance du fait que ces expériences seraient conduites d'une manière illicite et qu'elles pourraient provoquer un préjudice permanent ou de mauvais traitements ou des décès".

1) Aff. Brandt (procès des médecins) Law Reports, Vol. IV, p. 93.

Le Tribunal a donc prononcé un verdict négatif sur ce chef d'accusation (1).

3.- Le pouvoir de faire cesser les crimes.-

a) Ce pouvoir découle de l'exercice du commandement. Le fait de détenir l'autorité suppose les moyens de supprimer le désordre. Lorsqu'il donne des ordres, le supérieur s'appuie implicitement sur les dispositions du code de justice militaire qui répriment le refus d'obéissance. Aussi, les subordonnés invoquent-ils comme excuse des crimes commis par obéissance à leurs chefs, la crainte des sanctions auxquelles ils s'exposaient en cherchant à se dérober à l'ordre reçu. On a déjà vu au chapitre précédent ce qu'il fallait penser de cette argumentation (2).

Mais les pouvoirs répressifs qui sont accordés à chaque commandant militaire, à des degrés divers il est vrai, puisque certains ne peuvent prononcer que des peines disciplinaires, tandis que d'autres peuvent ordonner l'ouverture de poursuites judiciaires, voire même donner confirmation ou infirmation des jugements prononcés par les Tribunaux Militaires, ne visent pas seulement les délits contre la discipline ou le devoir de servir. Lorsqu'une armée se trouve en campagne, il appartient également à son chef d'empêcher ses soldats de tuer sans motif des non-combattants, de piller, de voler ou de détruire sans nécessité militaire des biens appartenant à des particuliers ou, s'ils commettent de telles violations du droit de la guerre, d'assurer la répression de leurs crimes. En laissant faire ses hommes, en connaissance de cause et alors qu'il dispose des moyens appropriés pour les punir, il engage sa propre responsabilité.

Ces moyens de prévention et de répression des délits commis par les subordonnés, un général en chef est toujours présumé les avoir, puisqu'ils font partie des fonctions qu'il exerce, au moins en temps normal.

Il existe donc à l'égard du pouvoir de faire cesser les crimes commis par des subordonnés, une présomption que le supérieur ne saurait renverser en alléguant un manque d'autorité, comme l'a jugé le Tribunal Militaire américain qui a statué dans l'aff. List. En traitant le cas de l'accusé List, commandant des forces armées du Sud-Est, le Tribunal a noté que l'accusé était au courant de l'exécution illégale de milliers d'innocents en représailles des attentats commis par la Résistance et lui a fait le grief de ne jamais avoir "demandé aux res-

1) Tribunal Militaire américain de Nuremberg, 17.4.47 ; Erhard Milch, *Law Reports*, Vol. VII, p. 63 ;

2) V. ci-dessus, p. 277.

ponsables de ces actes barbares et inhumains de rendre des comptes", et il a ajouté :

"Il n'a pas su mettre un terme à ces exécutions illégales ni prendre les mesures nécessaires pour empêcher qu'elles se répètent ce qui constitue un grave manquement à son devoir et lui fait encourir une responsabilité criminelle...". Il ne suffit pas pour échapper à la responsabilité d'invoquer un manque d'autorité, alors que celle-ci lui est obligatoirement conférée par son poste de commandement du territoire occupé ; il est chargé de prévenir et de punir le crime et ne saurait échapper à ses responsabilités en alléguant son manque d'autorité sur les coupables" (1).

Le supérieur est donc censé être en mesure d'obtenir une obéissance de tous les instants, au moins pour les ordres légaux.

b) Cependant, le propre de la guerre est précisément de bouleverser les conditions normales de l'exercice du commandement. Il est concevable que les conditions du combat puissent, par exemple, compromettre au même degré les communications du général en chef avec les unités qui relèvent de son commandement et les possibilités effectives de contrôler la conduite de ses subordonnés.

En outre, aucun chef n'est absolument omnipotent et on peut admettre que plus ses pouvoirs sont étendus, plus grand est le nombre des hommes qu'il commande, et plus difficile le contrôle personnel de la conduite de chacun d'eux.

C'est pourquoi, on admet que les possibilités matérielles de réaction du supérieur en présence de violations des règles internes ou des lois et coutumes de la guerre par ses subordonnés ne sont pas illimitées. La rédaction donnée aux ordres destinés aux troupes américaines qui combattaient aux Philippines au début du siècle, en témoigne. Selon les "Gen. Orders No 264, Hq. Div. of the Philippines", du 9 sept. 1901, "un officier ne pouvait être reconnu coupable de s'être abstenu de prévenir un meurtre, à moins qu'il n'apparaisse que l'accusé avait le pouvoir de le prévenir" (2).

La Cour suprême des Etats-Unis semble avoir adopté cette manière de voir dans l'aff. Yamashita.

Faisant allusion au devoir que la IV^{ème} Convention de La Haye impose au commandant d'un territoire ennemi occupé, en vue de protéger les prisonniers de guerre et la population civile, la Cour précise bien qu'il s'agit des "mesures qui étaient en son pouvoir et correspondaient aux circonstances...".

1) Aff. List - Law Reports, Vol. VIII, p. 71 - Vol. XV, p. 76 (trad. CICR, p. 45) ;

2) Aff. Yamashita, arrêt cité, Law Reports, Vol. IV, p. 44, note 1.

Il ne suffit donc pas d'une autorité théorique, comme celle qui est attachée à la possession d'un titre ou d'un grade, mais bien de pouvoirs effectifs, c'est-à-dire de la possibilité matérielle de donner des ordres et d'être obéi.

Il est difficile d'indiquer avec quelque précision les limites du pouvoir que doit avoir le supérieur d'empêcher ou de faire cesser les crimes de ses subordonnés. C'est donc aux Tribunaux qu'il appartient d'apprécier l'étendue des responsabilités suivant les circonstances propres à chaque espèce.

On peut néanmoins citer quelques cas-limites.

Ainsi, le Tribunal Militaire International de Tokio a-t-il jugé que la responsabilité qui s'attache au gouvernement en tant que collectivité pour la protection des prisonniers de guerre pèse sur tous ses membres. Le membre du Cabinet, c'est-à-dire d'un des principaux organes du gouvernement, qui décide de conserver son siège tout en s'abstenant de prendre les mesures nécessaires afin de prévenir la commission ou la répétition des crimes dont il a eu connaissance engage, par conséquent, sa responsabilité, même si le Ministère dont il a la charge n'est pas directement en relations avec des prisonniers de guerre. "Un membre du Cabinet peut démissionner. S'il a connaissance des mauvais traitements infligés aux prisonniers, mais se trouve impuissant à prévenir le renouvellement de tels actes et décide néanmoins de continuer à faire partie de ce Cabinet, il continue également à prendre sa part de la responsabilité collective pour la protection des prisonniers et il assume donc volontairement une responsabilité pour tout mauvais traitement futur" (1).

Mais les chefs militaires ne disposent pas des mêmes pouvoirs que les dirigeants politiques. Ils ne peuvent notamment pas démissionner en temps de guerre.

En traitant de la responsabilité d'un officier pour les actes qu'il n'a pas lui-même ordonnés, c'est-à-dire pour la transmission d'ordres illégaux, le tribunal qui a statué dans l'affaire Leeb envisageait successivement pour les rejeter les divers moyens dont disposait un tel officier pour se dérober à la mission reçue : donner un contre-ordre, donner sa démission ou encore, saboter, dans une certaine mesure, l'exécution de l'ordre (2).

Sans doute, existe-t-il une quatrième solution, relevait le tribunal, et qui consisterait à ne rien faire. Mais la Loi No 10 retient les formes de participation criminelle les plus mal définies et notamment le fait d'être mêlé à la préparation ou à l'exécution d'un crime (Art. II, ch. 2, lettre d). Ici, l'expression "en étant mêlé" doit être interprétée "dans un sens

1) Arrêt cité (Law Reports, Vol. XV, p. 73) ;

2) Cf. ci-dessus, p. 256 et 298.

impliquant que l'auteur lui-même a violé une loi morale". Ce qui n'exclut pas l'omission. Or, selon les principes de base du commandement et de la responsabilité, estime le tribunal, "un officier qui laisse sciemment ses subordonnés exécuter un ordre criminel, viole une obligation morale du droit international. En ne faisant rien, il ne peut prétendre dégager sa responsabilité". Sa seule défense consiste, par conséquent, à invoquer l'ordre supérieur en vue d'obtenir le bénéfice des circonstances atténuantes(1).

La question de la subordination des unités, déjà évoquée ci-dessus à propos de la connaissance des crimes des subordonnés, se pose à nouveau ici.

En principe, la responsabilité du commandant en chef dans un territoire occupé étant générale et non limitée aux actes répréhensibles imputables à ses propres troupes, il est clair que, sauf limitation expresse de ses pouvoirs par ses propres supérieurs, il sera présumé être en mesure de prévenir ou de réprimer les crimes commis dans son ressort par des unités qui reçoivent leurs ordres d'une autre autorité que de la sienne. Cependant, le fait même qu'une organisation comme les Einsatzgruppen de la Police de sûreté et du S.D. ait pu fonctionner parallèlement et fréquemment à l'insu de l'organisation militaire constituait déjà en soi une limitation sensible des pouvoirs du commandant en chef en territoire occupé.

En outre, s'il était, en effet, peu vraisemblable qu'en dépit des lourdes responsabilités que lui imposait la conduite même des opérations, un commandant en chef comme le Feldmarschall von Leeb ait pu ignorer des exterminations de plusieurs dizaines de milliers de civils - et le fait est que l'accusé a pris les mesures nécessaires sitôt qu'il a eu connaissance du massacre de Kovno - tout concourt à montrer qu'un chef militaire était souvent sans pouvoirs en présence de la police. Le fonctionnement des régimes totalitaires est presque inséparable d'un système de contrôle policier qui s'étend à toutes les activités publiques, y compris celle de l'armée. On peut donc concevoir qu'en pareil cas, le supérieur inculpé puisse être empêché d'exercer un contrôle effectif sur les organes de la police d'Etat qui ont très certainement pour mission de le surveiller lui-même.

Quoi qu'il en soit, il s'agit évidemment là de circonstances exceptionnelles. Jusqu'à preuve du contraire, le supérieur doit être présumé disposer des moyens nécessaires pour réprimer ou prévenir les crimes.

1) Aff. Leeb (Law Reports, Vol. XII, p. 74 - trad. CICR., p. 60-61) ; voir aussi Oppenheim-Lauterpacht, International Law, 7ème édit. 1952, Vol. II, paragr. 253a, p. 572.

On peut résumer ce qui précède de la manière suivante :

a) La responsabilité du commandant pour les actes criminels commis par ses subordonnés sans ordre de sa part ne résulte pas du seul fait qu'il est investi de l'autorité. Il faut encore qu'il ait commis une faute personnelle, notamment lorsqu'il a intentionnellement ou par négligence manqué à un devoir de surveillance et que cette inaction peut être assimilée à une approbation tacite des agissements des auteurs principaux.

Cependant, les tribunaux alliés admettent d'une façon générale que l'exercice d'un commandement à l'égard de la troupe comporte le devoir de prévenir et de réprimer les crimes commis par les unités qui se trouvent sous l'autorité du supérieur pour suivi.

Suivant l'avis de la minorité des juges à la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire Yamashita, l'étendue du devoir d'assurer le contrôle des troupes varie pourtant suivant la nature et l'intensité du combat. Ainsi, le devoir de surveillance et la responsabilité pour les crimes des subordonnés disparaîtrait lorsque ces actes ont été commis au cours d'hostilités actives.

b) 1.- Il n'est pas nécessaire que le supérieur inculpé de complicité pour les agissements criminels de ses subordonnés, dans la mesure où il les a "tolérés", ait eu effectivement connaissance de ces actes. La plupart des Tribunaux admettent, en effet, que la connaissance soit rendue vraisemblable par la démonstration de faits concordants et concluants, tels que le nombre et la gravité des crimes, leur localisation dans l'espace et dans le temps, le nombre des victimes ou encore, le degré de discipline et d'homogénéité des troupes, l'âge et l'expérience du supérieur poursuivi ;

2.- Le supérieur ne peut échapper à cette présomption de connaissance des actes de ses subordonnés en invoquant son ignorance, alors qu'il avait un devoir d'être informé de la conduite de ses troupes ;

3.- En revanche, il peut se disculper s'il parvient à établir qu'il ne pouvait pas avoir connaissance des actes criminels de ses subordonnés, notamment en raison de la désorganisation des liaisons. Il ne pourra cependant trouver d'excuse en invoquant l'ignorance de rapports qui étaient précisément destinés à son information ; il en va de même pour les ordres donnés par ses propres subordonnés, lorsqu'il ne les a pas lui-même démentis. Quant aux actes criminels commis en son absence, il n'en est responsable que dans la mesure où ils résultent d'ordres ou d'autorisations qu'il a précédemment donnés ;

4.- Un commandant en chef en territoire occupé ne saurait non plus se justifier en invoquant le fait que les auteurs des actes criminels poursuivis n'étaient pas ses su-

bordonnés directs et recevaient leurs ordres d'autres autorités que de la sienne. Cependant, si sa responsabilité est "d'ordre général et non limitée aux unités directement placées sous son commandement", il n'est responsable des actes répréhensibles commis dans son ressort par des unités qui ne lui sont pas directement subordonnées que dans la mesure où il les a ordonnés, ou tacitement approuvés. Mais, tant que ses pouvoirs ne sont pas expressément limités par ses propres supérieurs, il a le droit et le devoir d'empêcher les crimes dans la région ou le pays dont il a la charge, quels qu'en soient les auteurs. Son devoir de savoir ce qui se passe dans le territoire se trouvant sous sa juridiction n'est donc pas limité aux seuls actes de ses subordonnés directs. Ce devoir découle de sa responsabilité générale.

5.- Aucun commandant ne peut se disculper de l'accusation de complicité pour des actes criminels commis par ses subordonnés - ou s'il est commandant en chef dans un territoire occupé, pour des actes criminels en général commis dans la zone placée sous son pouvoir exécutif - lorsque ces actes étaient manifestement criminels. Toutefois, il a le devoir de vérifier la légalité des actes de ses subordonnés qui n'étaient pas manifestement contraires à la loi, lorsque son rang, sa position ou ses connaissances techniques ou scientifiques lui imposaient de telles investigations et lorsque le Tribunal arrive à la conclusion qu'étant donné les pouvoirs donc disposait l'inculpé, il aurait pu prévenir les crimes s'il avait procédé à des recherches de cette nature.

c) Le supérieur inculpé doit avoir le pouvoir de faire cesser les crimes de ses subordonnés. La plupart des décisions s'accordent cependant à admettre qu'il est présumé disposer d'un tel pouvoir et que c'est à l'inculpé qu'il appartient, le cas échéant, de prouver le contraire.

I.- LA PRESOMPTION DE COMPLICITÉ DU SUPERIEUR

1.- Le rapport de subordination comme unique preuve de la culpabilité.-

Comme on l'a déjà relevé, les décisions de jurisprudence qui viennent d'être rapportées retiennent l'inaction aussi bien lorsqu'elle se manifeste par rapport à un devoir positif que lorsqu'elle est en outre un fait de coopération criminelle secondaire (1). Les tribunaux ont condamné ceux qui avaient délibérément ou par suite d'une négligence coupable manqué à une obligation qui leur incombait personnellement comme celle du commandant de camp à l'égard de la vie et de l'intégrité corporelle des prisonniers dont il a la garde. Ils ont aussi condamné ceux qui, par défaut de surveillance de leurs subordonnés, se sont abstenus, intentionnellement ou par négligence, d'empêcher ou de réprimer les crimes commis sans ordre de leur part par leurs subordonnés pour lesquels cette inaction de la part d'un chef a été considérée comme une approbation, un encouragement et, par conséquent, une aide et une assistance faisant de lui leur complice.

L'abstention a donc été considérée comme punissable à la fois lorsqu'elle déterminait un résultat qui, d'ordinaire, s'obtient par une action et lorsqu'elle constituait l'élément matériel de la complicité qui doit normalement être la conséquence d'un fait positif préalable ou concomittant.

Le médecin d'un camp est responsable de la santé et de l'hygiène des internés. S'il ne prend pas les mesures nécessaires pour que les malades reçoivent les soins appropriés et une nourriture suffisante, il ne peut se disculper en établissant n'avoir donné aucun ordre. Il avait le devoir d'agir. Si des prisonniers sont morts, faute de traitement médical, sa responsabilité est engagée. C'est, comme on l'a indiqué plus haut, la substance de la théorie du délit de commission par omission.

Le chef d'une unité de la police d'occupation, disent encore les jugements des tribunaux alliés, est responsable de la conduite de ses hommes, dans toutes les opérations qui les mettent en contact, soit avec la population civile occupée, soit avec des membres des forces armées de l'adversaire. Si les personnes arrêtées sont frappées ou même torturées par les policiers qui les interrogent, le commandant de l'unité de police se fait le complice de ces tortionnaires en s'abstenant d'intervenir pour faire cesser

1) Cf. ci-dessus, p. 346.

de tels sévices. C'est l'application de la complicité dite par tolérance, ou par inaction.

Ces deux méthodes sont critiquables pour les raisons qui ont déjà été énoncées plus haut.

Aucun des textes qui ont été insérés à ce sujet dans les lois nationales en matière de crimes de guerre ne peut donner satisfaction, parce qu'ils se bornent au moyen de formules générales dont les rédactions diffèrent, mais dont le résultat est pratiquement le même, à permettre un renversement du fardeau de la preuve qui va à l'encontre des principes traditionnels du procès pénal. Il n'est pas admissible que l'exercice d'un commandement quelconque implique des obligations dont la définition et, par conséquent, les limites sont laissées à la libre appréciation de tribunaux qui doivent statuer rétroactivement. Qu'un gardien-chef de prison soit responsable des conditions de la détention, rien de plus normal. Mais on peut légitimement demander que les éléments de cette responsabilité soient précisés avant tout jugement, et non à l'occasion d'un jugement. L'intervention du législateur est donc souhaitable, non pour donner licence aux tribunaux de déduire de n'importe quel rapport de subordination des obligations dont ils sont libres de fixer eux-mêmes l'étendue, mais au contraire, pour déterminer les cas dans lesquels l'inaction peut être punie dans les mêmes conditions qu'un fait positif.

Ce qui est vrai de l'abstention punissable à titre principal l'est plus encore, si l'on peut dire, de l'abstention comme élément de la complicité.

Dans un système répressif où la responsabilité pénale est individuelle, faire de l'inaction, même qualifiée, un mode possible de participation criminelle secondaire, c'est se départir des règles sans lesquelles il n'est pas de justice digne de ce nom. Assimiler l'abstention à une aide ou une assistance revient à introduire dans les conditions de la répression un fait de complicité qui n'y figurait pas jusqu'ici.

M. Herzog n'y voit pour sa part aucun inconvénient en ce qui regarde la poursuite des "nationaux ennemis" justiciables du tribunal militaire en application de l'ordonnance du 28 août 1944. "Il résulte de l'art. 4 que tout criminel de guerre a pour complice présumé le chef sous l'autorité duquel il est placé. Ce dernier doit être poursuivi en même temps que son subordonné ; il doit être poursuivi au même titre que lui, s'il est incapable d'apporter la preuve qu'il n'a pas connu les actes criminels de son collaborateur et qu'il s'est efforcé d'y mettre fin s'il les a connus. Cette présomption de complicité ... renverse le fardeau de la preuve au profit de l'accusation" (1).

1) Cf. J.B. Herzog, *La répression des crimes de guerre* (RPS., 1946, p. 289).

On trouve d'ailleurs une opinion analogue dans la 7ème édition du Traité de droit international public d'Oppenheim-Lauterpacht qui admet également la responsabilité du chef exerçant l'autorité militaire en territoire occupé, non seulement pour les actes qui ont été commis sur ordre de sa part, mais aussi pour ceux qu'il a omis de prévenir ou de réprimer :

"Cette omission donne naissance à la présomption - qui, pour l'efficacité du droit, ne peut être considérée comme aisément réfragable - d'autorisation, d'encouragement, de connivence, d'acquiescement ou d'approbation subséquente de ces actes criminels" (1).

Il est clair que l'institution d'une forme négative de complicité laisse la porte ouverte au complet bouleversement des principes fondamentaux du procès criminel et, notamment, celui de la présomption d'innocence des inculpés. Le rapport de subordination étant le seul élément permettant d'imputer la complicité d'un crime au commandant sous l'autorité duquel se trouve l'auteur principal, n'importe quel officier peut être condamné pour des actes qu'il n'a pas commis personnellement, ni ordonnés, ni même connus. Il ne pourrait se disculper qu'en établissant des faits négatifs - probatio diabolica - c'est-à-dire en démontrant qu'il n'a pas connu les crimes poursuivis, ou s'il les a connus, en prouvant qu'il n'avait pas le pouvoir de les faire cesser. Bien plus, la hiérarchie militaire toute entière porte ainsi la responsabilité théorique de tous les agissements criminels commis par la troupe, puisque chaque échelon, du plus subalterne au plus élevé, peut être considéré comme complice même s'il n'a rien fait.

Exprimée sous cette forme, la complicité du supérieur est sans nul doute exorbitante.

En présumant la responsabilité de l'inculpé, on la rend pratiquement indépendante de toute faute, puisque les tribunaux admettent généralement que le seul fait d'être investi de l'autorité implique un devoir de surveillance dont ils sont autorisés à fixer eux-mêmes l'étendue. Le caractère négatif des preuves libératoires généralement admises place, en outre, l'intéressé dans une situation qui est le plus souvent sans issue, car l'ignorance alléguée des faits principaux n'est admise que dans la mesure où l'inculpé ne pouvait effectivement pas avoir connaissance des agissements de ses subordonnés.

1) Oppenheim-Lauterpacht's International Law, 7ème éd., 1952, T. II, paragr. 253a, p. 572 ; cf. dans le même sens : Sh. Glueck, War Criminals. Their Prosecution and punishment, 1944, p. 37 ; De Baer, The treatment of War crimes and crimes incidental to the War, (Royal Institute of International Affairs, March 1945).

2.- La jurisprudence alliée.

Cette dispense de preuve, les tribunaux alliés paraissent en avoir fait un usage abondant, ce qui ne laisse pas de jeter de sérieux doutes sur le bien-fondé des jugements de condamnation qui ont été prononcés dans de telles conditions.

Ainsi, le Juge conseiller du Tribunal canadien d'Aurich a-t-il déclaré à propos du SS. Brigadeführer Kurt Meyer, accusé d'avoir toléré des exécutions de prisonniers de guerre canadiens, qu'il n'était pas nécessaire d'établir la preuve que l'inculpé avait ordonné la commission d'un crime de guerre ou l'avait expressément ou tacitement approuvé, ou même qu'il s'était consciemment abstenu d'en prévenir la perpétration. Il suffisait à l'Accusation de rapporter la preuve de faits tels que la responsabilité de l'accusé serait établie pour le crime poursuivi "ou que la Cour pourrait déduire cette responsabilité (des faits en question)". Dès lors, c'est à l'accusé qu'il appartenait de prouver qu'il n'était en fait pas responsable du crime qui lui était reproché.

Selon le représentant de l'Accusation, la responsabilité indirecte d'un officier de rang élevé pour les atrocités commises par les troupes relevant de son commandement, mais sans ordre de sa part, avait pour base : "En premier lieu, le comportement connu de l'accusé et les opinions qu'il a pu exprimer ; en second lieu, le fait de s'être abstenu de prendre à l'égard de ses officiers et de ses hommes, les mesures de surveillance que les officiers exerçant un commandement sur la troupe ont le devoir de prendre ; et en troisième lieu, la règle de preuve applicable en pareil cas et suivant laquelle, lorsque certains faits sont établis, l'accusé peut être reconnu coupable, à moins qu'il ne fournisse à la Cour des explications suffisantes pour éveiller dans l'esprit des juges un certain doute sur sa culpabilité". Présentant la fragilité de ces présomptions et le peu de fondement d'une accusation portée sur de telles bases, le Ministère public déclare ensuite qu'il serait exagéré de prétendre qu'un général pourrait être ainsi rendu responsable pour les actes répréhensibles commis par n'importe lequel de ses hommes, simplement parce qu'un sous-officier était présent (art. 10, al. 5, de la loi canadienne du 30 août 1945) (1). "Une juste limite doit être tracée dans chaque cas, suivant les circonstances de la cause", ajoute-t-il en manière de conclusion (2).

Les particularités des institutions anglo-saxonnes ne permettent pas de tirer des principes appliqués à l'encontre des nationaux ennemis accusés de crimes de guerre, des

1) Cf. ci-dessus , p. 334 ;

2) Cf. Law Reports, Vol. IV, p. 110-111.

enseignements valables également pour les lois du continent européen. Les règles concernant l'administration de la preuve sont précisément au nombre de celles qui doivent faire exclure les assimilations et les comparaisons. On citera néanmoins un jugement britannique où l'absence de preuve directe de la complicité du supérieur pour les agissements de ses subordonnés n'apparaît nullement comme un obstacle à la reconnaissance de leur culpabilité.

Le major Rauer a, en effet, été convaincu de complicité pour le meurtre de plusieurs prisonniers de guerre sur l'aérodrome de Dreierwalde, commis par les hommes relevant de son commandement, bien que l'accusation n'ait pu établir qu'il ait donné un ordre dans ce sens.

Mais l'accusé avait exprimé devant plusieurs sous-officiers des opinions hostiles à l'égard des équipages des appareils alliés - ce qui ne paraît pas insolite puisqu'il s'agissait en définitive de ses ennemis - et lorsque des rapports lui furent adressés au sujet de la mort de plusieurs prisonniers de guerre, tués, disait-on, au cours de tentatives d'évasion, il n'avait fait aucune enquête personnelle pour s'assurer de la véracité de cette allégation.

Le Tribunal a rejeté les explications de Rauer qui a déclaré ne pas avoir eu le loisir d'entreprendre les vérifications nécessaires, étant chargé de s'occuper du logement de centaines de prisonniers, d'internés et de réfugiés, rendu nécessaire par d'intenses bombardements aériens des Alliés. Il paraît s'être rangé à l'opinion du Ministère Public suivant lequel aucun des meurtres commis ne se serait produit si l'accusé Rauer et son adjoint Scharschmidt n'avaient été de connivence avec leurs hommes.

On notera, d'autre part, l'argument tiré de la discipline militaire et du fait que tous les actes accomplis par des militaires sont présumés être l'exécution d'ordres reçus. En effet, étant donné que les 3/4 des accusés invoquent la nécessité d'obéir à leurs chefs pour justifier leurs crimes, on peut admettre qu'aucun sous-officier se trouvant dans la situation des subordonnés du Major Rauer n'aurait osé tuer des prisonniers s'il n'avait su qu'un tel acte serait approuvé de son chef.

Tous les accusés ont été condamnés à mort, mais il convient néanmoins d'observer que la peine prononcée contre Rauer a été commuée en celle d'emprisonnement à perpétuité (1).

Le doute paraît avoir été plus grand encore en ce qui regarde la culpabilité du Général Kurt Student, commandant

1) Tribunal Militaire britannique de Wuppertal, 18.2.46 ; Kurt Rauer et autres - Law Reports, Vol. IV, p. 113, sp. 116.

les forces allemandes d'invasion de l'Ile de Crète, en mai 1941.

Comme le Général Yamashita, comme le Général Ramcke (1) - qui se trouvait d'ailleurs avec ses parachutistes sous les ordres de l'accusé pour cette opération - le Général Student était accusé de complicité pour les crimes de guerre commis par ses troupes, bien qu'il n'ait pu être prouvé qu'il ait donné aucun ordre dans ce sens.

L'accusation avait cherché à déduire l'existence d'un ordre exprès du fait qu'à trois reprises des prisonniers de guerre alliés avaient été placés devant les troupes allemandes pour leur servir de protection contre le feu de l'ennemi. A l'entendre, de tels crimes faisaient partie d'une politique générale, et si des troupes aussi disciplinées que l'armée allemande les avaient commis, c'était parce qu'elles en avaient reçu l'ordre ou, parce qu'elles avaient été amenées à croire qu'en agissant de cette manière, elles ne feraient l'objet d'aucune critique et seraient même louées pour leur zèle.

Les juges n'ont suivi que partiellement cette manière de voir. Leur verdict a été précisément négatif sur les trois chefs d'accusation relatifs à l'emploi de prisonniers comme "boucliers". L'accusé a été reconnu coupable de complicité pour le travail prohibé (déchargement de munitions) imposé à des prisonniers, pour la mise à mort de prisonniers qui avaient refusé d'accomplir de tels travaux et pour l'exécution de militaires ennemis qui s'étaient rendus. Mais leur décision n'a été confirmée par l'autorité militaire compétente à cet effet (2), ni sur la culpabilité, ni sur la peine de cinq ans d'emprisonnement qui avait été prononcée contre le Général Student (3).

L'extrême prudence des juges du fond et le fait que leur décision s'est néanmoins trouvée infirmée par l'autorité militaire indiquent bien que cette forme de complicité n'a pas paru applicable sans réserve en dépit de la souplesse des règles du procès criminel britannique.

Dans la jurisprudence américaine, la majorité des arrêts rendus sur ce point sont conformes à la décision de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire Yamashita. Le supérieur est le complice présumé des agissements criminels de ses subordonnés.

Les arrêts List et Leeb sont, ici aussi, l'expression d'une position beaucoup plus nuancée. Ils ont notamment consacré le principe suivant lequel la preuve d'une omission coupable doit être rapportée par l'Accusation. "Pour déterminer l'innocence ou la culpabilité des accusés", déclare le tribunal mili-

- 1) Tribunal Militaire de Paris, 21.3.51 ; Hermann-Bernard Ramcke ; v. ci-dessus , p. 313 et 356 ;
- 2) Sur la procédure de la confirmation dans le droit pénal militaire britannique, voir Law Reports, Vol. I, p. 109 ;
- 3) Cf. Tribunal milit. brit. de Luneberg, 10.5.46 ; Kurt Student (Law Reports, Vol. IV, p. 118).

taire américain de Nuremberg, "nous demanderons avant de prononcer un verdict de culpabilité que soit faite la preuve d'un acte manifeste ou d'une omission dont on peut déduire une intention criminelle. S'il n'est pas possible d'en faire la preuve, un crime ne saurait être qualifié d'acte commis illégalement, volontairement et sciemment, comme le dit l'acte d'accusation"(1). Il est nécessaire d'établir l'existence d'une faute personnelle. Et lorsque cette faute se manifeste sous forme de négligence ou d'un défaut de surveillance, "il doit s'agir d'une négligence personnelle équivalant à un coupable manque de surveillance des actes de subordonnés, négligence pouvant être considérée comme une approbation des actes en question" (2). Toute faute est personnelle et les procès criminels doivent être conduits d'après le principe suivant lequel "les accusés sont présumés innocents tant qu'ils n'ont pas été déclarés coupables sur la base de preuves suffisantes" (3).

La position prise par ce Tribunal semble aller à l'encontre d'une responsabilité purement objective. Son mérite est d'avoir su déceler les dangers d'un système répressif où l'Accusation pouvait être dispensée d'établir la preuve d'une véritable intention criminelle ou d'une négligence coupable. Mais ces arrêts demeurent néanmoins exceptionnels. La grande majorité des jugements admettent une présomption de complicité à l'encontre du supérieur même lorsque les crimes de ses subordonnés ont été commis sans ordre de sa part.

II.- LES LIMITES DE L'INACTION PUNISSABLE COMME VIOLATION D'UN DEVOIR POSITIF

La répression de l'abstention comme élément de la complicité suppose donc une présomption de culpabilité à la charge du supérieur inculqué. Un tel renversement du fardeau de la preuve doit, par conséquent, faire rejeter le principe d'une responsabilité indirecte du supérieur pour les agissements criminels commis par ses subordonnés, mais dont il n'a pas donné l'ordre.

L'attitude du supérieur qui laisse ses hommes commettre des crimes en s'abstenant d'intervenir pour les empêcher d'agir ou pour faire cesser de tels agissements est certainement odieuse. Elle est moralement répréhensible. De plus, elle peut très sérieusement compromettre le respect de la plupart des règles de protection inscrites dans les traités internationaux, no-

1) Arrêt List (trad. CICR., p. 34) ;

2) Arrêt Leeb (Law Reports, Vol. XII, p. 76 - trad. CICR., p. 98-99) ;

3) Arrêt List (trad. CICR., p. 35).

tamment dans les Conventions de Genève. La conduite d'opérations militaires par des troupes dont les excès ne sont pas réfrénés par les chefs auxquels elles doivent obéissance constitue certainement une menace grave pour l'observation des interdictions et des limitations inscrites dans le droit de la guerre.

Cependant, quelle que soit l'importance de ces dangers, il est certainement préférable de laisser échapper quelques coupables plutôt que de s'écarter des règles fondamentales du droit. En outre, si la gravité des crimes de guerre justifie le recours aux méthodes de répression les plus sévères, on ne saurait oublier pourtant que le caractère mouvant, incertain du droit international ne permet pas de considérer les crimes de guerre comme des infractions ordinaires, ni leur poursuite comme celle de crimes de droit interne.

Au reste, l'incrimination de l'abstention telle qu'elle résulte du droit commun actuel et notamment des art. 62 et 63 du Code pénal français ne semble pas avoir été partout approuvée sans réserve. Les journées franco-belgo-luxembourgeoises qui ont été organisées à Paris en 1951 sur le problème de l'omission de porter secours ont sans doute mis en lumière une quasi-unanimité sur la réprobation morale que soulève l'inaction de celui qui, sans risque, peut empêcher un mal, mais s'abstient d'intervenir. Elles ont montré en revanche combien les opinions étaient encore partagées sur la nécessité d'apporter une sanction pénale à l'omission, même qualifiée et plus encore, sur la forme légale qu'il conviendrait de lui donner (1). Plusieurs auteurs ont cependant défendu l'utilité des art. 62 et 63 CPF. - dont il n'existe pas de correspondant dans le droit belge - tout en admettant que des modifications seraient nécessaires principalement en vue de limiter l'élasticité de l'incrimination et d'écarter le danger des manœuvres de chantage que dénonçait M. le Doyen Bouzat (2).

La complicité par abstention étant rejetée, deux solutions se présentent à l'esprit en vue de retenir néanmoins l'inaction de celui qui avait le devoir d'agir.

La première consisterait, comme le suggère Speyer, à ne punir le supérieur qui s'est abstenu que lorsque cette omission a joué un rôle essentiel dans la commission du crime principal. Ainsi, le supérieur pourrait être retenu pour les actes délictueux commis par des subordonnés, soit qu'il les ait ordonnés, soit "qu'en les approuvant ou en les tolérant, il ait, dans les

1) Cf. Chevalier Braas, van den Boosche et Fettweis, L'abstention de porter secours, (RDPC. ; 1951-52, p. 21 ; 1952-53, p. 219) ; G. Levasseur, Rapport sur l'omission de porter secours, 1951 ; Foriers, loc. cit. ;

2) Cf. Bouzat, Traité, No 101, p. 90.

circonstances de la cause, prêté pour leur exécution une aide telle que, sans son assistance, ces crimes ou délits n'eussent pu être commis". Speyer estime que les lois et coutumes de la guerre sont une des "circonstances de la cause" qui exigent normalement l'intervention du délinquant à qui il est reproché d'être resté passif (1). Mais on voit mal quel bénéfice il pourrait être possible de tirer d'une telle formule. Elle n'implique tout d'abord pas que l'omission doive constituer la violation d'un devoir positif, malgré le recours à l'expression "tolérer". Elle limite, en revanche, la répression aux cas, à vrai dire exceptionnels, où l'abstention pourra être retenue comme un acte de participation à titre principal. On trouve donc là tous les inconvénients d'une demi-mesure, car il serait, par exemple, impossible de punir en vertu d'une telle disposition le supérieur qui aurait délibérément et en pleine connaissance de cause laissé ses subordonnés maltraiter ou tuer des prisonniers lorsque rien ne prouvait que son abstention ait déterminé les auteurs de ces sévices ou de ces meurtres à commettre leurs crimes.

La seconde solution, plus modeste, mais, semble-t-il, plus efficace, consisterait à définir non des délits d'omission comme ceux des art. 62 et 63 CPF., dont l'utilité n'est pas clairement démontrée, mais les cas dans lesquels l'omission aurait pour résultat un crime ou certains délits graves qui ne s'obtiennent d'ordinaire que par une action. Il s'agirait donc de délits de commission par omission, puisque la peine comminée serait celle dont l'acte positif correspondant serait assorti. Mais le législateur aurait par avance prévu ces obligations d'agir, en sorte que les tribunaux ne pourraient être habilités à en créer de nouvelles, ni même à étendre celles qui figuraient déjà dans la loi au moment des faits.

De même que la privation volontaire d'aliments ou de soins envers un enfant de moins de 15 ans est punie par l'art. 312 du code pénal comme le fait de lui porter des coups ou des blessures, on pourrait concevoir que la loi punisse également le fait, pour ceux qui en ont la garde, de priver de l'alimentation ou des soins nécessaires toute personne arrêtée, détenue, internée ou mise en résidence forcée, au moins lorsqu'il s'agit d'un national ennemi et que le crime a été commis en temps de guerre.

De cette manière, se trouverait prévue d'avance, au moyen d'une disposition pénale expresse, toute omission qualifiée ayant pour effet la mort, les sévices, tortures et autres atteintes à l'intégrité corporelle, lorsqu'elle serait le fait de gardiens de prisons, de commandants de camps de prisonniers, voire même de fonctionnaires de police, pour les personnes qu'ils ont mission d'appréhender ou d'interroger.

1) Cf. Speyer, op. cit. loc. cit.

En revanche, il ne semble pas possible, sans s'aventurer à nouveau sur le terrain de la complicité passive, de mettre une responsabilité pénale de cet ordre à la charge du commandant détenant l'autorité militaire en territoire ennemi occupé, comme la Cour suprême des Etats-Unis a prétendu le faire à l'encontre du Général Yamashita. Les commandants de camps de prisonniers et les gardiens de prison en territoire occupé auront à l'égard des prisonniers et des détenus qui leur sont confiés une responsabilité qui s'étendra aux omissions qualifiées dont ils pourraient se rendre coupables, c'est-à-dire au fait de s'abstenir de remplir les devoirs positifs qui leur incombent en raison de leurs fonctions. Mais on ne peut demander à un officier général commandant en chef des armées occupant un pays entier d'être au courant de tous les faits et gestes des troupes qui lui sont subordonnées, ni, par conséquent, de lui imposer le devoir d'empêcher les agissements criminels de ses hommes. C'est tout au plus si, lorsqu'il a positivement connaissance de crimes commis par les troupes relevant de son commandement, on peut considérer qu'il manque délibérément aux devoirs de sa charge en s'abstenant de sévir contre les coupables. Faut-il rendre une telle inaction punissable ? L'efficacité du droit de la guerre le commanderait. On voit mal cependant de quelle manière une telle forme d'abstention pourrait être retenue dans le respect des principes fondamentaux du droit criminel.

Le problème va trouver un regain d'actualité lorsque les Puissances parties aux Conventions de Genève du 12 août 1949 adopteront "les mesures législatives nécessaires pour fixer les sanctions pénales à appliquer aux personnes ayant commis ou donné l'ordre de commettre l'une ou l'autre des infractions graves" aux Conventions (art. 49/50/129/146). Ces dispositions, déjà citées plus haut, imposent, en effet, aux Parties contractantes l'obligation d'adapter leur législation pénale interne aux nécessités de la poursuite et de la répression des violations du droit de la guerre visées dans chacune de ces quatre Conventions. Il appartiendra aux législateurs intéressés de décider alors s'ils entendent accepter d'étendre la responsabilité des supérieurs nationaux aussi bien qu'ennemis - aux agissements criminels commis par des subordonnés, mais sans ordre de leur part, ou s'ils préfèrent s'en tenir à la seule forme de complicité qui semble avoir été admise par les plénipotentiaires de la Conférence diplomatique de 1949, celle qui consiste à donner des ordres ou des instructions en vue de commettre l'infraction. Et dans ce dernier cas, toute complicité passive étant écartée, ils auront encore à déterminer les cas dans lesquels l'omission pourra néanmoins être punissable lorsqu'elle sera le résultat d'une faute personnellement imputable à l'inculpé en raison de la vio-

lation d'un devoir positif comme celui de pourvoir à la subsistance, aux soins et d'une manière générale à la protection des prisonniers de guerre (1).

1) Comp. art. 13 de la Convention III (prisonniers de guerre) ; comp. également la loi renforçant la répression des crimes et délits contre les enfants qui permet notamment de punir comme coupables d'assassinats ou de tentatives d'assassinats les auteurs de privations d'aliments ou de soins pratiqués avec l'intention de donner la mort. La peine de mort est également encourue lorsque les blessures, coups ou privations d'aliments, habituellement pratiqués, ont entraîné la mort sans intention de la donner (Le Monde du 8.4.54).

CHAPITRE V : LA CULPABILITE COLLECTIVE

Paragr. 1er.- Le problème des crimes collectifs.-

La loi du 15 septembre 1948 "modifiant et complétant l'ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre" (1) est à n'en pas douter celui des textes promulgués dans ce domaine qui a suscité les plus âpres discussions et les plus vives critiques.

Des voix nombreuses, et parmi les plus autorisées, ont dénoncé dans cette loi de circonstance, l'abandon des principes les plus élémentaires du droit français et du même coup la violation des règles inscrites dans le droit des gens (2).

Bien que l'abrogation de ses deux premiers articles et la modification du troisième survenue près de cinq ans plus tard (3) en aient pratiquement annulé les principaux effets, elle a exercé dans l'intervalle une influence si considérable sur les poursuites exercées en France qu'on ne saurait se dispenser d'en analyser le contenu. Les lignes qui vont suivre s'attacheront donc à montrer à quelles nécessités le législateur a estimé devoir sacrifier les notions traditionnelles du droit et de la procédure criminels, puis - grâce à l'étude des travaux préparatoires - par quels avatars ce texte exceptionnel a passé avant de réunir en septembre 1948 les suffrages de l'Assemblée Nationale et, enfin à quels cas d'espèce la loi elle-même a été appliquée.

1) J.O. 16.9.48, p. 9138 (Loi No 48/1416); cf. annexe No II, p. 523);

2) J. Schlumberger, Une loi qui fait douter de notre bonne foi (Figaro du 20.6.50), La néfaste loi de 1948 (Figaro du 3.7.50); H. Donnedieu de Vabres, La responsabilité collective des crimes de guerre (Le Monde du 16.3.50); voir aussi Gabriel Marcel, dans la France Catholique (1950) et P. de La Pradelle, Malheur aux vaincus (Paroles françaises, sept. 1950) ;

3) J.O. 3.1.53, p. 898 (Loi No 53/32); cf. annexe No III, p. 525.

I.- L'EVOLUTION DE LA REPRESSION DES CRIMES DE GUERRE ENTRE 1944 et 1948

Par définition, la répression des crimes de guerre est étroitement liée aux conditions dans lesquelles s'exerce le métier des armes. C'est ainsi que la hiérarchie militaire a, comme on vient de le voir dans les chapitres précédents, une influence déterminante sur les responsabilités respectives du supérieur et du subordonné pour les ordres que l'un donne et que l'autre reçoit. Mais le comportement de l'individu est aussi dominé ici par son appartenance à la collectivité particulière dont il subit nécessairement les lois.

Si l'armée suppose une structure organique - un général qui commande et des soldats qui obéissent - sans quoi elle n'est rien d'autre qu'une foule, elle comporte avant tout une pluralité d'individus qui forme un tout. Non seulement les volontés individuelles finissent par y disparaître sous l'effet de la discipline, mais, notamment, par le port d'un uniforme, par la similitude des gestes imposés au même moment à un certain nombre d'individus, les actes même de chacun se confondent dans une action collective d'autant plus indivisible que l'unité est plus homogène. En sorte que dans un acte cent fois multiplié, on ne parvient plus à distinguer la part de chacun de ceux qui y ont participé.

En d'autres termes, la plupart des poursuites pour crimes de guerre auront à résoudre à la fois le problème de la liberté de détermination de l'individu en présence d'un ordre supérieur et celui de l'indivisibilité de l'action collective en cas de pluralité des auteurs principaux. L'expérience montre que les crimes isolés sont l'exception.

Le législateur d'Alger n'a cependant pensé devoir modifier le droit commun en 1944 que dans le cas de la responsabilité liée à la discipline hiérarchique. C'était aussi celui où l'application pure et simple du code pénal était de nature à susciter les difficultés les plus apparentes. Il semblait clair que l'art. 327 CPF. faisait dans le système de répression que l'ordonnance de 1944 entendait organiser une brèche qu'il importait de supprimer d'une manière ou d'une autre. On pouvait apercevoir non moins facilement les inconvénients d'une impunité presque complète de tous les supérieurs militaires et notamment des officiers généraux s'ils étaient mis en mesure d'éluder certaines formes de leur responsabilité pour le fait d'autrui. Les art. 3 et 4 de l'Ordonnance de 1944 sont l'expression de ces préoccupations.

En revanche, le texte d'Alger ne contient aucune disposition sur la responsabilité des auteurs d'une action collective, sinon à son art. 2 (ch. 2) où il est prévu que les membres

des "organisations ou entreprises de terrorisme systématique" seront passibles par assimilation des peines prévues par les art. 265 et s. du Code pénal visant l'association de malfaiteurs.

On est en droit de se demander, par conséquent, pourquoi la nécessité de modifier le droit commun aussi profondément que l'a fait la Loi du 15 septembre 1948 n'est apparue que plusieurs années seulement après le début des poursuites.

Les raisons d'un tel délai tiennent, semble-t-il, à la fois aux notions nouvelles introduites par l'Accord de Londres et le procès de Nuremberg en matière de criminalité collective - et non de responsabilité collective, comme on l'a dit parfois à tort - et aux difficultés pratiques éprouvées dès l'ouverture des enquêtes criminelles à l'encontre de certaines catégories de justiciables.

1.- De l'Ordonnance de 1944 aux déclarations collectives de criminalité du Tribunal Militaire International de Nuremberg.-

La question de savoir comment la preuve de crimes de masse tels que ceux d'Oradour, d'Ascq ou de Tulle, pourrait être individualisée à l'encontre de chaque inculpé n'avait pourtant pas échappé aux auteurs de l'Ordonnance de 1944. Mais s'ils ne paraissent pas avoir négligé le problème, ils semblent s'être abusés sur les moyens de le résoudre.

Le 21 mars 1944, le représentant de la France à la Commission d'enquête des Nations Unies pour les crimes de guerre exprimait l'avis suivant lequel, dans le cas de la "Gestapo" (1) aucune preuve n'était nécessaire. En France notamment, le crime consistait dans le simple fait d'être un agent de la Gestapo opérant en territoire occupé (2).

L'art. 2, ch. 2, de l'Ordonnance du 28 août 1944, déjà cité, est l'expression de cette manière de voir. Ainsi, l'affiliation à une organisation "de terrorisme systématique" était passible des peines prévues par le code pénal pour les membres d'une association "formée ... ou d'une entente établie dans le but de préparer ou de commettre des crimes contre les personnes ou les propriétés" (art. 265 C.P.F.), soit de 5 à 20 ans de travaux forcés.

- 1) S'agissant des poursuites exercées en France, l'appellation Gestapo qu'on voit très couramment employer est erronée ou tout au moins elliptique, car la police d'Etat qu'elle désigne (Geheime Staatspolizei) n'opérait que sur le territoire allemand. D'autres organes du R.S.H.A. (Reichssicherheitshauptamt) avaient été désignés pour les territoires occupés : le service de la sûreté (Sicherheitsdienst ou S.D.) et la police de sûreté (Sicherheitspolizei ou Sipol) ;
- 2) History of the United Nations War Crimes Commission, London, 1948, p. 291 et s.

L'expression "terrorisme systématique" vise de toute évidence les crimes commis par les membres d'unités telles que les SS., les S.A., le S.D., etc., crimes dont l'ampleur et le caractère systématique devaient retenir d'emblée l'attention des initiateurs de la répression des crimes de guerre.

En effet, les dernières années de la guerre paraissent avoir accentué les différences qui séparaient l'armée régulière (Wehrmacht) des formations paramilitaires issues du parti national-socialiste lui-même et de son appareil policier et intégrées ensuite massivement dans les unités combattantes à mesure que les pertes subies sur le front russe, puis en Normandie, aggravaient le déséquilibre des forces en présence. Aussi bien en Allemagne où les SS. fournissaient les cadres des gardiens de camps de concentration que dans les pays occupés, où les opérations de représailles contre les partisans étaient confiées le plus souvent aux SS. et au S.D., les membres de ces formations, considérées comme des unités d'élite, se sont presque partout signalées par leurs exactions.

Les expéditions de plus en plus nombreuses auxquelles ils se livraient à mesure que les mouvements de résistance devenaient plus actifs ont infligé aux populations civiles occupées des souffrances indicibles. Elles révélaient la plupart du temps une intention délibérée de nuire qui paraissait faire partie d'un plan d'ensemble.

C'est la raison pour laquelle, dans l'impossibilité de découvrir tous les crimes commis, de déterminer avec exactitude quels en étaient les auteurs, et de fixer la part de responsabilité qui incombait à chacun, il a paru préférable d'ériger l'affiliation à ces organisations spéciales en crime "sui generis", comme le législateur français l'a fait dans l'ordonnance française de 1944, art. 2, ch. 2, par assimilation avec le crime d'association de malfaiteurs.

Mais les conditions nécessaires d'une condamnation pour association de malfaiteurs dans les termes de l'art. 265 CFF. résidaient non seulement dans l'engagement volontaire et conscient des buts poursuivis par l'organisation, mais encore dans le caractère criminel de ces buts ou des moyens mis en oeuvre pour les atteindre. Sur ce second point, le Tribunal Militaire International dont les Alliés projetaient la création, ne semblait-il pas le mieux placé, non pour traiter individuellement le cas des milliers d'adhérents, mais pour statuer à la lumière des débats intéressant les principaux dirigeants du régime, sur la nature des organisations collectives qui en étaient les meilleurs soutiens ?

Retenant la proposition faite à ce sujet par le Prof. Gros, représentant de la France, la Commission d'enquête des Nations Unies devait adopter le 16 mai 1945 la recommandation suivante, adressée aux Alliés :

"Considérant que de nombreux crimes ont été commis par des bandes

organisées, des groupes de la Gestapo, des unités de SS. ou de l'armée, en formations entières parfois, la commission des crimes de guerre, pour assurer le châtiment de tous les criminels, recommande aux gouvernements :

- 1.- de rechercher les responsables les plus élevés des entreprises criminelles telles que l'organisation du terrorisme systématique, du pillage scientifique et en général, de la politique d'atrocité contre les peuples des pays occupés, afin de punir tous les organisateurs de ces crimes ;
- 2.- de mettre en jugement collectif ou individuel tous ceux qui faisant partie de ces bandes de criminels, ont participé d'une façon quelconque à l'exécution des crimes commis collectivement par des groupements, formations ou unités".

Ainsi que le montre M. J.B. Herzog (1), cette recommandation a été à la base du Statut de Londres du 8 août 1945.

En effet, selon l'art. 9, al. 1, le Tribunal Militaire International pouvait :

"lors d'un procès intenté contre tout membre d'un groupement ou d'une organisation quelconque ... déclarer (à l'occasion de tout acte dont cet individu pourrait être reconnu coupable) que le groupement ou l'organisation à laquelle il appartenait était une organisation criminelle".

Et selon l'art. 10 :

"Dans tous les cas où le Tribunal aura proclamé le caractère criminel d'un groupement ou d'une organisation, les autorités compétentes de chaque Signataire auront le droit de traduire tout individu devant les tribunaux nationaux, militaires ou d'occupation en raison de son affiliation à ce groupement ou à cette organisation. Dans cette hypothèse, le caractère criminel du groupement ou de l'organisation sera considéré comme établi et ne pourra plus être contesté" (2).

Par conséquent, le Statut avait prévu pour sa part une répression en deux étapes :

La première se réalisant devant le Tribunal Militaire International lui-même auquel il était loisible de constater le caractère criminel de tout groupement ou organisation et la seconde, devant les Tribunaux nationaux, compétents pour connaître du crime d'affiliation au groupe précédemment déclaré criminel.

C'est ainsi que le jugement prononcé les 30 septembre et 1er octobre 1946 par le Tribunal Militaire International de Nuremberg a retenu parmi les collectivités les plus impor-

-
- 1) J.B. Herzog "Les organisations nationales-socialistes devant le Tribunal de Nuremberg" - Revue internat. de droit pénal, 1946, p. 343 ;
 - 2) Procès, Tome I, p. 13.

tantes du IIIème Reich un certain nombre d'organisations qui s'étaient illustrées par une activité criminelle sans précédent. Sans entrer dans le détail des décisions, semblables entre elles quant aux formules adoptées dans chaque cas, il suffira d'indiquer ici que les organisations connues sous le nom des SS., de la Gestapo et du S.D. et du corps des chefs du parti national-socialiste, ont été reconnues criminelles, non comme telles, mais dans la personne de certains de leurs membres désignés par les fonctions qu'ils avaient assumées, par les conditions de leur affiliation et par leur participation ou leur non-participation aux crimes formant le but de l'organisation (1).

Le jugement de Nuremberg s'étant prononcé sur le caractère criminel des organisations accusées, seul l'élément intentionnel du crime d'affiliation restait à établir au cours des procès qui devaient s'ouvrir ensuite à l'échelon national.

En d'autres termes, les buts de l'organisation étant présumés criminels sans que cette présomption de criminalité puisse souffrir aucune discussion devant les Tribunaux nationaux, l'Accusation avait pour seule tâche de prouver que l'inculpé du crime d'appartenance à une "organisation ou entreprise de terrorisme systématique" assimilée dans le droit français à l'association de malfaiteurs, s'était affilié de son plein gré et en connaissant les buts que poursuivait l'organisation d'une part et - dans le cas de l'incorporation forcée - qu'il avait personnellement pris part à un crime de guerre, un crime contre la paix ou un crime contre l'humanité.

On s'explique, dans ces conditions, qu'il ait pu paraître préférable à la Justice militaire française d'attendre le jugement de 1946 pour entamer des poursuites qui devaient être considérablement simplifiées par les déclarations collectives de criminalité que le Statut de Londres donnait pouvoir au Tribunal Militaire International de prononcer.

2.- L'instruction des crimes collectifs.

Mais le retard apporté à la promulgation du texte de 1948 s'explique aussi par les difficultés auxquelles la répression paraissait se heurter en France, tant dans le domaine de l'extradition des individus recherchés que dans celui de la preuve.

La dispersion des unités faisant partie des organisations déclarées criminelles, notamment des SS., avait déjà rendu malaisées les investigations des services de recherche les crimes de guerre dans les camps de prisonniers de guerre en mains françaises et alliées, notamment en Allemagne occupée.

.) Procès, Tome I, p. 82 et 269.

Et dans ce dernier cas, la livraison des anciens militaires allemands identifiés ne s'opérait facilement que lorsque leur arrestation se produisait en zone française.

On a déjà relevé, en effet, à quelles difficultés croissantes se sont heurtées les extraditions de ressortissants allemands recherchés pour crimes de guerre en Allemagne occupée (1). Il est permis de croire que la loi du 5 septembre 1948 a sensiblement renforcé les réticences dont les Alliés de la France semblent avoir fait preuve à l'égard des demandes formulées par les juges d'instruction ou par les Tribunaux français. Si ces réactions s'expliquent en partie par le caractère révolutionnaire de la loi de 1948, et surtout par le fait que la France était l'une des dernières Puissances dont les tribunaux n'avaient pas encore jugé les derniers dossiers de crimes de guerre, il faut déplorer néanmoins que l'administration de la justice se soit trouvée faussée dans nombre d'affaires par l'absence des officiers responsables qu'on avait pourtant identifiés et dont la résidence était connue.

Cependant, dès qu'ils furent matériellement possibles, les premiers actes d'instruction exécutés à l'encontre des SS. et des policiers du S.D. qui avaient pu être mis à la disposition de la Justice militaire, devaient se heurter dans le domaine de la preuve à des obstacles qu'on estimait insurmontables. Il semblait même que les déclarations collectives de criminalité prononcées à Nuremberg n'étaient d'aucun secours pour sortir de cette impasse.

En effet, la plupart des crimes imputés, soit aux SS., soit au S.D., se présentaient de telle manière que des présomptions accablantes pesaient collectivement contre les individus arrêtés, sans qu'aucune charge personnelle permit de les renvoyer devant le Tribunal Militaire.

Si l'on prend comme exemple le cas du massacre d'Oradour survenu le 10 juin 1944 dans la région de Limoges, les enquêtes de police établissaient que les crimes commis étaient sans contestation possible imputables à une unité clairement identifiée. Les recherches entreprises en Allemagne occupée et dans les camps de prisonniers de guerre avaient, en outre, permis d'appréhender et de mettre à la disposition de la Justice Militaire française une vingtaine de sous-officiers et soldats qui avaient appartenu à la formation incriminée.

En revanche et - au moins pendant l'instruction préliminaire - en l'absence d'aveux des auteurs présumés, aucun élément de preuve ne permettait d'établir des culpabilités individuelles. S'il n'était que trop évident que l'unité en question s'était effectivement rendue coupable d'un nombre effrayant de

1) Cf. ci-dessus, p. 34.

meurtres, d'incendies et de pillages et que, par conséquent, des preuves indirectes pesaient contre chacun de ses membres présents, aucun témoignage, aucune déclaration des individus arrêtés ne permettait, semblait-il, d'asseoir utilement la prévention.

De même, dans le cas des sévices infligés par les services de police (S.D.) - quoique dans une moindre proportion - les témoins déclaraient fréquemment avoir été frappés par un policier, sans être en mesure devant le juge de désigner lequel parmi ceux qui leur étaient confrontés.

Dans l'affaire d'Ascq (1), les SS. de la 12ème Division "Hitler Jugend", dont le convoi avait déraillé par suite d'un attentat, avaient tué plus de 70 des habitants d'Ascq, faubourg de Lille, sans qu'il ait été possible d'identifier, parmi la plupart de ceux qui avaient pu être arrêtés après la fin des hostilités, les auteurs de ce massacre autrement que par leur appartenance à l'unité visée. Aucun fait personnel et direct de participation n'avait pu être établi à leur encontre.

Les exemples pourraient malheureusement être multipliés.

Malgré l'accumulation des preuves concernant la matérialité des crimes commis le plus souvent dans des conditions de temps et de lieu étroitement délimitées, malgré l'identification des membres de l'unité collectivement responsable, il se révélait, affirmait-on, impossible d'imputer, si l'on peut dire, telle victime à tel assassin en vue d'un renvoi devant le Tribunal.

A l'exception des cas où les preuves étaient suffisantes pour entraîner une condamnation dans les termes du droit commun, il n'existait pas d'autre alternative que la relaxe. Ainsi, l'accusation se trouvait-elle désarmée devant les crimes, les plus odieux, ceux-là même qui avaient fait mettre en mouvement tout l'appareil de la répression des crimes de guerre. Il ne pouvait être question de retenir sous le chef d'association de malfaiteurs avec une peine maximum de 20 ans de travaux forcés la participation à des crimes collectifs d'une telle gravité. Le crime de l'affiliation à une organisation déclarée criminelle et le crime de participation à une action collective comme celle d'Oradour n'avaient pas de commune mesure. Ils ne pouvaient être confondus. L'incrimination générale d'association de malfaiteurs, déjà critiquable en elle-même, ne pouvait, par conséquent, pas être substituée à celle d'homicide volontaire.

En présence de cette situation, la France a pris la grave décision de changer le droit puisque celui dont elle disposait jusqu'alors ne lui donnait pas, semblait-il, les moyens de punir des nationaux ennemis dont la culpabilité lui paraissait

1) R. de La Pradelle "L'affaire d'Ascq", Les édit. internationales, Paris, 1949.

pourtant évidente. Ce faisant, le législateur semble avoir été particulièrement mal inspiré. Aussi, n'est-il pas sans intérêt, après avoir résumé ses mobiles, d'examiner les diverses modifications qu'il fait subir au projet de la loi gouvernementale.

II.- LES TRAVAUX PREPARATOIRES DE LA LOI DU

15 SEPTEMBRE 1948

1.- Les propositions françaises à la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre.-

L'étude des travaux préparatoires de cette loi d'exception ne donne pas une très haute idée de la solidité des institutions et des principes, apparemment les mieux établis. Le lecteur se frotte les yeux : est-il bien vrai que des dispositions aussi extravagantes aient pu voir le jour ? Comment se fait-il que la nécessité de punir - si impérieuse soit-elle - ait pu faire adopter des solutions à ce point contraires au fondement même du droit français ?

Il est, en tout cas, certain que cette loi n'est pas le résultat d'un vote de surprise à l'issue de débats hâtivement menés. On peut dire au contraire que tout paraît avoir été dûment pesé, au cours de délibérations où chacun a fait valoir son point de vue, ce qui ne diminue pas, bien évidemment, la responsabilité de ceux qui ont voté le texte définitif. Ainsi, les propositions du Professeur Gros à la Commission d'enquête des Nations Unies (1) contenaient-elles déjà en puissance le système qui devait servir de base au projet de loi gouvernemental : renverser le fardeau de la preuve, l'accusation n'ayant plus dès lors qu'à prouver le fait que l'accusé se trouvait dans une situation telle qu'il pouvait être présumé coupable, à moins qu'il ne parvienne à faire lui-même la preuve de son innocence. Les objections n'avaient pourtant pas manqué. Le délégué belge avait notamment mis en doute la nécessité d'une présomption de culpabilité et celui des Pays-Bas avait exprimé la crainte apparemment justifiée qu'un tel système n'entraînât la condamnation d'innocents. En sorte que la Commission devait, en définitive, rejeter cette proposition pour adopter le système de l'appartenance à une association de malfaiteurs, jugé seul conciliable avec le principe de la personnalité de la responsabilité pénale.

Mais le choix ainsi fait par la Commission des Nations Unies (2) ne paraît avoir exercé aucune influence sur la dé-

1) Cf. History of the United Nations War Crimes Commission, Londres, 1948, p. 291 ;

2) Cf. recommandation adoptée dans sa séance du 16 mai 1945, ci-dessus, p. 392.

termination du gouvernement français qui reprend au contraire dans son projet la méthode de répression préconisée par le Professeur Gros.

2.- Le projet du gouvernement français.-

En effet, après avoir relevé qu'en raison des lacunes de l'ordonnance de 1944, il serait impossible de rapporter la preuve de la culpabilité individuelle des participants à une action collective telle que celles d'Oradour, d'Ascq, de Maillé, etc., l'exposé des motifs entreprend la plus extraordinaire démonstration qui se puisse concevoir, en vue de permettre l'application de la peine prévue pour l'assassinat, même lorsque seuls les faits d'appartenance à une association de malfaiteurs sont relevés à l'encontre de l'accusé (1).

Il tire essentiellement argument de l'effet attribué aux déclarations de criminalité prononcée par le tribunal militaire international de Nuremberg dans la Loi No 10 du Conseil de contrôle pour l'Allemagne du 20 décembre 1945. Selon cette loi, qui a notamment pour objet le châtiment des crimes de guerre (2), "l'affiliation à certaines catégories d'un groupe criminel ou d'une organisation déclarée criminelle par le Tribunal militaire international" (art. II, ch. 1, litt. d) est passible "de la peine que le tribunal estimera juste", soit notamment de la peine de mort (art. II, ch. 3, litt. a). Prenant cette constatation pour point de départ, le projet se livre au surprenant raisonnement qu'on va lire :

- 1.- Le seul fait d'appartenance à l'organisation criminelle serait punissable en Allemagne de mort aux termes de la loi No 10 ;
- 2.- Nous pourrions donc, en France, faire la même chose et punir de mort la simple appartenance à l'organisation (en substituant l'art. 296 du Code pénal à l'art. 266) ;
- 3.- Nous n'irons pas jusque là, car nous voulons respecter les règles traditionnelles de la justice ;
- 4.- Mais nous établissons une présomption de culpabilité à l'égard des membres de l'organisation pour les crimes commis par cette organisation" (3).

1) Cf. Doc. parlam.-Ass. Nat.-Annexe No 1620 (Session de 1947 - 2ème séance du 6.6.47, p. 1278-1280) ;

2) J.O. du Conseil de contrôle en Allemagne, No 3 du 31.1.46, p. 50-55 ;

3) J.O.-Docum.parl.-A.N.-lère législ.-Annexe aux Procès-verbaux des séances No 3972 (Session extraord. de 1948 - 2ème séance du 22.4.48) : Rapport fait au nom de la Commission de la justice et de législation sur le projet de loi complétant et modifiant l'Ordonnance du 28.8.44 sur les crimes de guerre, par M.J. Julien, député (p. 662-663).

Le projet renonce donc, à punir la participation au crime collectif en recourant à l'incrimination générale de l'association de malfaiteurs, crime ordinairement passible des travaux forcés à temps (art. 266 Code pénal). Il préfère modifier les conditions d'administration de la preuve, simplifiant ainsi démesurément la tâche de l'accusation.

De cette manière, supposée "respecter ... les règles de la justice rappelées par le jugement du tribunal de Nuremberg", l'élément logique qui faisait jusque là défaut dans la relation de cause à effet entre les actes individuels dont l'identification demeure impossible et le crime collectif qui en est le résultat, est remplacé par une présomption légale. La matérialité des faits considérés comme le résultat de l'action collective du groupe envisagé étant établie, il suffit désormais à l'Accusation d'établir l'appartenance de chacun des accusés à ce groupe pour entraîner du même coup un verdict positif de la part du Tribunal. La seule condition est que le groupe ou la formation à laquelle appartiennent les accusés fasse partie d'une organisation déclarée criminelle par le tribunal militaire international de Nuremberg, soit dans la majorité des cas aux SS. et au S.D. Et comme une appartenance formelle suffit à entraîner le jeu de la présomption, l'Accusation est dispensée d'établir que l'accusé s'est affilié de son plein gré et en connaissant le caractère criminel des buts poursuivis par l'organisation.

Enfin - porte de sortie à peine entre-baillée - le projet prévoit que la présomption s'applique "à tous les membres responsables, à l'exception de ceux qui pourront prouver qu'ils s'étaient opposés par leurs actes à l'accomplissement du crime.

L'art. 1er du projet gouvernemental se présentait, par conséquent, dans les termes suivants :
"Lorsqu'un des crimes prévus par l'Ordonnance du 28 août 1944 sur la répression des crimes de guerre est imputable à l'action collective d'une formation ou d'un groupe faisant partie d'une organisation déclarée criminelle par le Tribunal Militaire International agissant en vertu de l'Acte du 8 août 1945, tous les individus appartenant à cette formation ou à ce groupe, à moins qu'ils ne prouvent qu'ils se sont opposés par leurs actes à l'accomplissement du crime, sont punis comme co-auteurs".

Le texte initial se caractérise ainsi par l'institution obligatoire ("sont punis") d'une présomption de responsabilité susceptible d'être renversée par la preuve résultant d'une opposition active ("opposés par leurs actes") de l'accusé à l'accomplissement du crime collectif.

L'art. 2 n'a fait l'objet d'aucune discussion au cours des travaux préparatoires. Le texte de la loi est donc

celui du projet (1).

L'art. 3 permet la jonction des poursuites engagées contre les individus non-visés à l'art. 1er de l'Ordonnance du 28 août 1944, c'est-à-dire pratiquement contre les Alsaciens-Lorrains incorporés de force dans l'armée allemande. Cependant, pour être ainsi poursuivis, les Français doivent être co-auteurs ou complices des mêmes crimes que ceux qui sont imputables aux allemands ou de crimes connexes. Mais la présomption de responsabilité ne leur est pas applicable.

Les deux derniers articles sont étrangers au problème des crimes collectifs. L'art. 4 est une disposition de procédure concernant l'entr'aide judiciaire entre les Puissances alliées qui poursuivent les militaires allemands. L'art. 5 modifie l'Ordonnance du 28.8.44 sur une question d'organisation judiciaire qui a déjà été traitée plus haut, celle de la composition des tribunaux militaires (2). Comme l'art. 2, ces deux dispositions ont franchi les diverses étapes des débats parlementaires sans subir aucune retouche.

3.- Les débats parlementaires.-

Le projet gouvernemental a été amendé sur deux points principaux : la présomption de culpabilité et la preuve libératoire et sur un point secondaire, l'article 3 visant les inculpés français.

a) La présomption de culpabilité.

Les rapporteurs des Commissions de justice des deux assemblées se sont accordés à rejeter le raisonnement spécieux de l'exposé des motifs gouvernemental : La Loi No 10 qui lui sert de base est en fait restée lettre morte en ce qui regarde le crime d'affiliation, dont le châtement s'est traduit, non par le prononcé de la peine capitale, mais par le recours à la procédure de dénazification qui ne prévoyait qu'une peine maximum de 10 ans d'emprisonnement ; on ne saurait donc admettre la substitution de l'art. 296 (assassinat) à l'art. 266 (association de malfaiteurs) proposée pour l'application de la peine de mort au crime d'association de malfaiteurs ; le crime d'appartenance à une organisation criminelle et la participation effective à un assassinat collectif ne doivent pas être confondus (3).

1) Voir annexe II, page 523;

2) Voir ci-dessus Chapitre II ;

3) J.O.-Doc.parl. - A.N.- Annexe aux P.V. des séances No 3972, p. 662-3; J.O.-Débats parlem.-Conseil de la République - Session de 1948 - Séance du 15.6.48, p. 1498 (rapport de M. Sablé) ; pour les débats en 2ème lecture, voir J.O. Assemblée Nat.-Doc. parl.- 1948 - Sess. extr.- Annexe No 5207 ; Ass. Nat.- Annales-Débats - 1ère législ.- Vol. 20 - 1948 - Session IX, p. 6316.

Il est donc impossible de tirer de la décision du Tribunal militaire international une présomption de culpabilité qu'elle ne contient pas. Le Tribunal a sans doute défini, en application des art. 9 et 10 du Statut (1), la notion nouvelle de criminalité de groupe (2). Il n'est pas allé au-delà. Il n'a notamment pas créé le délit nouveau d'appartenance à l'organisation et n'a pas prescrit de peine particulière à l'encontre des individus.

L'exposé des motifs, écrit avec raison M. Jules Julien, rapporteur de la Commission de Justice de l'Assemblée Nationale, fait une confusion manifeste entre deux faits juridiques qui sont absolument distincts : "Il y a un crime déterminé qui est le crime d'appartenance à une organisation. Ce crime existe en soi et se suffit à lui-même. Il est puni en France sous le chef d' "association de malfaiteurs". D'autre part, il y a un autre crime (ou plusieurs) qui est la participation dans un assassinat collectif. Juridiquement, il est impossible d'échanger la certitude du crime No 1 contre la présomption du crime No 2".

En d'autres termes, la preuve de l'appartenance à une organisation criminelle n'emporte pas la présomption d'une participation aux crimes collectifs imputables aux membres de cette organisation. L'idée même d'une présomption de culpabilité retenue dans le projet gouvernemental, devrait donc être écartée, poursuit M. Julien, car elle est contraire au jugement du Tribunal Militaire international qui a pris soin de proclamer à plusieurs reprises le principe de la culpabilité individuelle, "qui exclut les sanctions collectives".

En fait, estime le rapporteur, le gouvernement paraît s'être abusé sur l'importance de l'obstacle rencontré dans la répression du crime de masse. Car l'indivisibilité de l'action collective des membres de l'unité incriminée n'est pas "une absence de preuve, mais une singularité de preuve". En effet, ajoute-t-il, lorsqu'il y a pluralité d'auteurs, le crime est constitué dans tous ses éléments, même s'il n'est pas possible, sauf hasard exceptionnel, d'individualiser chaque acte criminel. Le crime, dit M. Julien, est prouvé quant à la culpabilité et tous les membres "présents et agissants" de l'organisation criminelle doivent être "considérés comme englobés dans cette culpabilité". Après avoir écarté la difficulté qui pourrait naître du départage entre co-auteurs et complices puisque le système de la criminalité d'emprunt comporte l'identité de peine entre l'auteur principal et le complice, le rapport conclut : "Nous pouvons même admettre que, par suite de l'indivisibilité de l'action du groupe, tous ses membres soient considérés comme co-auteurs, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de leurs gestes individuels".

1) Procès, T.I, p. 13 ;

2) Ibid., p. 270.

Sans entrer dans le détail de cette argumentation, force est de constater que la formule proposée ne s'écarte guère de celle du projet. Elle maintient une présomption de culpabilité tout en accordant au juge une liberté d'appréciation que le texte gouvernemental ne prévoyait pas : en première lecture, l'Assemblée remplace les termes "sont punis" du projet, par les mots "peuvent être considérés comme". En dépit d'un avis non-conforme du Conseil de la République, qui préfère la formule "sont considérés comme", les débats de 2ème lecture à l'Assemblée nationale conservent le principe de la faculté d'appréciation qu'on retrouve dans le texte de la loi et qui ôte à la présomption de culpabilité le caractère quasi automatique qu'elle avait dans le projet.

Mais comment ne pas voir qu'on escamote le problème en postulant la culpabilité de tous les membres "présents et agissants" de l'organisation criminelle ? Car, si l'Accusation est généralement en mesure d'identifier les membres présents, elle est, en revanche, complètement incapable d'établir leurs agissements individuels. C'est précisément pourquoi la dispense de preuve que représente la présomption de culpabilité individuelle a été maintenue dans le texte définitif.

b) La preuve libératoire.

Le projet avait imposé aux membres de l'unité incriminée l'obligation de faire la preuve d'une opposition active au crime collectif pour pouvoir échapper à la présomption de culpabilité instituée à l'encontre de chacun d'eux. Le rapporteur de la Commission de Justice de l'Assemblée Nationale, avait préféré remplacer cette contre-preuve par celle de l'incorporation forcée, principalement pour tenir compte de la tragique situation des Alsaciens-Lorrains enrôlés de force dans l'armée allemande et même dans les rangs de formations spéciales comme les SS.

M. Sablé, rapporteur de la Commission sénatoriale, rejette aussi bien le texte gouvernemental que la formule arrêtée en première lecture par l'Assemblée. Dans le premier cas, la contre-preuve est si lourde qu'elle apparaît irréalisable : "le membre d'une organisation... qui se serait opposé par ses actes à l'accomplissement du crime aurait été passé par les armes sur le champ". Dans le second cas, elle est trop légère : "... on peut avoir été forcé d'adhérer à une organisation criminelle à un certain moment et subissant par la suite la contagion de l'exemple, avoir changé d'opinion et être devenu un exécutant zélé et convaincu des ordres et décisions de l'organisation criminelle" (1).

- 1) Selon M. Charlet, sénateur de la Haute-Vienne, les poursuites avorteraient à concurrence de 80 % si le texte adopté par l'Assemblée Nationale devait entrer en application ; sur les 16 militaires identifiés à propos du massacre d'Oradour, un ou deux seulement seraient appelés à répondre de ce crime devant le Tribunal Militaire de Bordeaux.

Aussi, choisit-il ce qu'il considère comme un moyen terme en exigeant des accusés qu'ils fassent "la preuve de leur non-participation au crime", estimant qu'il appartient à chaque accusé de "préciser l'étendue exacte de sa participation personnelle". M. Charlet, l'inspirateur de ces modifications proprement révolutionnaires, puisqu'elles renversent le fardeau de la preuve en imposant par surcroît à l'accusé l'obligation pour se disculper, de faire la preuve d'un fait négatif, est d'avis que "c'est ... la chance la plus raisonnable et la plus juste qui pouvait lui être offerte".

En seconde lecture, l'Assemblée ne veut pas renoncer à la preuve libératoire de l'incorporation forcée, mais juge utile de maintenir l'additif du Conseil de la République. En dépit d'un amendement Denis, qui cherche à montrer les dangers de voir assurer l'impunité aux 3/4 des inculpés admis à faire la preuve de leur enrôlement sous la contrainte, et d'un amendement Wasmer tendant au contraire à leur permettre de faire la preuve de leur incorporation forcée "ou" de leur non-participation au crime collectif, l'Assemblée cumule les deux preuves libératoires. L'accusé aura donc à rapporter une double-preuve pour échapper à la présomption de culpabilité.

c) L'article 3.

Le Conseil de la République a adopté un amendement Charlet destiné à lever l'équivoque qui résulte des termes "co-auteurs ou complices des mêmes crimes ou de crimes connexes". En effet, si une disposition spéciale a été jugée nécessaire pour permettre la jonction des poursuites engagées contre les ressortissants français "qui sont co-auteurs ou complices des mêmes crimes ou de crimes connexes", c'est que le gouvernement lui-même établissait une différence entre le co-auteur ou le complice du crime principal et le co-auteur ou le complice du crime connexe. Il faut dire, par conséquent, "co-auteur ou complice d'un crime de guerre ou d'un crime connexe".

L'Assemblée s'est rangée à cette manière de voir au cours du débat en seconde lecture.

III.- LES CAS D'APPLICATION

L'Assemblée avait ainsi accordé ses suffrages à un texte dont la promulgation devait, dans son esprit, rendre la tâche des juges militaires plus aisée, mais dont la carrière troublée allait bientôt tromper les espoirs qu'on avait mis en lui.

En effet, par son caractère insolite, par la situation sans précédent dans laquelle elle plaçait désormais un grand nombre de prévenus de crimes de guerre, cette loi a manifestement entravé la marche des poursuites. Car si les inculpations qu'elle

avait rendues possibles ont permis de retenir un effectif plus considérable de militaires ennemis dans les liens de cette prévention nouvelle, il faut bien constater en revanche que la procédure s'est trouvée fréquemment retardée par la multiplication des pourvois en cassation formés par les intéressés contre les arrêts des Chambres des mises en accusation des Cours d'appel et - pour un nombre appréciable de dossiers - par les renvois ordonnés par la Cour de cassation devant d'autres instances d'accusation. Aussi, les enquêtes subissaient-elles de nouveaux délais, éloignant d'autant l'audience de jugement.

C'est ce qui explique qu'entre sa mise en vigueur et l'abrogation de ses principales dispositions, la Loi du 15 septembre 1948 n'ait été appliquée que dans un petit nombre de procès, dont l'influence a été pourtant déterminante en raison de l'interprétation jurisprudentielle qu'ils devaient inévitablement provoquer de la part de la Cour suprême.

Il n'est donc pas inutile de rappeler brièvement ici les principales étapes de ces affaires-types.

1) Ascq. - La première en date devait être l'affaire d'Ascq, faubourg de Lille où un grand nombre d'habitants furent massacrés dans la nuit du 1^{er} au 2^e avril 1944 à la suite d'un attentat contre un convoi de SS. (1).

Sur les quelque 150 hommes faisant partie des unités considérées comme collectivement responsables de ce crime, les enquêtes en ont identifiés 17. Neuf seulement, dont le nommé Hauck, chef du convoi, ont été appréhendés et traduits devant le Tribunal Militaire de Metz siégeant pour la circonstance à Lille, lieu du crime, du 2 au 6 août 1949. Huit ont été condamnés à mort, le neuvième à 15 ans de Travaux forcés,

Dans un premier jugement, le Tribunal avait pourtant donné acte à la défense du fait qu'aucun des 23 témoins cités n'avait pu reconnaître les auteurs du drame, étant donné l'heure et les circonstances (2).

La Cour de cassation, saisie du dossier, devait rejeter les conclusions des condamnés principalement fondées sur l'inapplicabilité de la loi du 15 septembre 1948, en basant essentiellement sa décision sur la constatation suivant laquelle les questions posées au Tribunal avaient été rédigées dans les termes du droit commun. Mais des contestations paraissent s'être élevées, en outre, sur le visa au jugement de la Loi du 15 septembre 1948, bien que ce texte ait été expressément mentionné dans l'acte d'accusation dressé le 20 juin 1949 et qu'à la lecture du compte rendu sténographique, il paraisse avoir été au centre des débats de Lille. Une instance en révision a été alors soumise à

1) Voir ci-dessus, p. 396 ;

2) R. de La Pradelle "L'affaire d'Ascq", op. cit.

la Cour suprême.

2) Vichy.— La deuxième affaire est celle du Sicherheitsdienst de Vichy dont les membres étaient accusés, notamment d'assassinats, de séquestrations et déportations, d'incendies volontaires et de violences, plusieurs de ces crimes ayant été commis de telle manière qu'aucune individualisation de la culpabilité ne semblait réalisable. En effet, la responsabilité de certains des huit accusés qui comparaissaient devant le Tribunal Militaire de Marseille (en 2ème instance) (1) ne semblait engagée que par leur appartenance au service de police incriminé au moment des faits.

Aussi, la Loi du 15 septembre 1948 avait-elle été visée dans l'acte d'accusation et l'arrêt de renvoi et plusieurs des questions posées au Tribunal étaient-elles rédigées ici sous une forme objective révélant également l'application de la présomption de culpabilité.

Cependant, le jugement prononcé le 24 janvier 1951 et condamnant 7 accusés à la peine de mort et le 8ème aux travaux forcés à perpétuité ne contenait que des réponses négatives sur cette catégorie de questions, le verdict de culpabilité et les peines prononcées étant exclusivement fondés sur des faits individuels.

Dans l'arrêt de cassation du 27 juin 1951 renvoyant l'affaire en 3ème instance devant le Tribunal Militaire de Paris, la Chambre criminelle précisait que la déclaration de non-culpabilité sur le chef de l'accusation se rapportant à l'application éventuelle des art. 1 et 2 de la Loi du 15 septembre 1948 "restait acquise aux accusés". Ainsi, le Tribunal de renvoi n'avait-il plus à statuer que sur les chefs d'accusation incriminant la culpabilité des accusés au regard du droit commun (2).

3) Oradour.— Le plus important des trois dossiers de crimes collectifs qui soient venus jusqu'à l'audience de jugement demeure cependant celui d'Oradour, auquel il a déjà été fait allusion (3).

Alors qu'elle faisait route vers la Normandie, la 2ème Division SS. "Das Reich", cantonnée dans le Sud-Ouest de la France, paraît avoir jalonné sa marche de nombreux forfaits. Il est vrai que la Résistance devenait de plus en plus active, les attentats se multipliant au point de menacer sérieusement la sécurité des troupes occupantes. Non loin de Limoges, un officier était même enlevé par le maquis ! Près de Saint-Junien, à quelques kilomètres de là, un pont avait sauté. Une action de repré-

-
- 1) Après la cassation du jugement du Tribunal Militaire de Lyon.
Cass. crim. 27.10.50, B. 241 ;
 - 2) Cass. crim. 27.6.51 ;
 - 3) V. ci-dessus, p. 391.

sailles était décidée. Elle devait s'abattre sur un village voisin, Oradour sur Glane, sans qu'aucun élément dans le dossier ne vienne expliquer la véritable raison de ce choix.

Le 10 juin 1944, de forts effectifs de SS. encerclent la localité, fouillent toutes les maisons et enjoignent aux habitants de se rassembler sur le champ de foire. Ceux qui n'obtempèrent pas ou qui cherchent même à s'enfuir sont poursuivis et tués pour la plupart. Les autres sont répartis méthodiquement en plusieurs points de l'agglomération, les hommes dans des garages, les femmes et les enfants dans l'église. Sur un signal, les SS. ouvrent le feu, puis jettent des plaquettes incendiaires. L'église saute, tout le village brûle. 642 habitants périssent de cette manière. Une femme réussit à se glisser hors de l'église. Quelques habitants parviennent également à fuir dans les bois avoisinants non sans essuyer des coups de feu des SS. préposés à la couverture de l'opération. Oradour ne contenait aucun dépôt d'armes. Jamais le maquis n'y avait cherché refuge.

Les premières enquêtes de la police avaient seulement permis d'identifier la 2ème Division "Das Reich" comme l'unité à laquelle devaient appartenir les auteurs du forfait. C'est sur cette base que le premier ordre d'informer était délivré le 13 décembre 1944 contre un nombre indéterminé de militaires allemands. Le magistrat instructeur s'est d'abord employé à déterminer le régiment, puis la compagnie qui avait participé au crime et enfin, les SS. qui, au moment des faits, figuraient sur les contrôles de leur corps. Au fur et à mesure du retour des commissions rogatoires décernées en Allemagne, des ordres d'informer supplémentaires étaient délivrés au nombre de douze entre 1944 et 1949 et des demandes de recherches étaient adressées aux Puissances alliées au sujet des militaires allemands suspectés, soit pour 51 individus au total qui avaient pu être identifiés. 8 seulement ont été livrés à la France. Les 43 autres n'ont pas été retrouvés. Beaucoup semblent avoir trouvé la mort sur le front de Normandie.

Mais les investigations des services de recherche devaient révéler, en outre, que 14 des SS. identifiés étaient de nationalité française. Il s'agissait d'Alsaciens-Lorrains incorporés dans les troupes allemandes après l'annexion de l'Alsace et lorsque le Gauleiter Wagner avait décrété la conscription en 1942. Malgré la gravité des accusations, une ordonnance de non-lieu était rendue en faveur de trois d'entre eux le 17 août 1948, le juge d'instruction ayant estimé que "fondus au milieu des SS. allemands, les SS. français étaient l'objet d'une surveillance étroite et ne pouvaient se soustraire aux ordres qui leur étaient donnés" (1). Les dix autres français incorporés de force n'avaient

1) Comp. ci-dessus, p. 277.

été interrogés qu'à titre de témoins. Le quatorzième, volontaire, avait, en revanche, été maintenu en détention.

C'est donc en partie dans le dessein de faciliter les poursuites qui se révélaient d'emblée difficiles, étant donné l'indivisibilité de l'action collective et en partie pour attirer devant la justice militaire les ressortissants français non visés par l'ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre que le gouvernement a estimé devoir compléter la législation en déposant le projet devenu la loi du 15 septembre 1948.

Dès la promulgation de cette loi nouvelle, de nouveaux ordres d'informers étaient décernés contre tous les intéressés, y compris les Alsaciens-Lorrains, dont deux seulement étaient alors détenus. Le 16 février 1950, la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Bordeaux renvoyait les inculpés devant le tribunal militaire au moyen de deux arrêts séparés, l'un pour les allemands, l'autre pour les français.

Mais, par un arrêt faisant jurisprudence sur de nombreux points, la Cour de cassation annulait le 3 août 1950 les décisions prises par la Chambre d'accusation et renvoyait le dossier devant la Cour d'appel de Paris. Le 12 janvier 1953, seulement, après un complément d'information, l'affaire était évoquée devant le tribunal militaire de Bordeaux qui devait prononcer deux condamnations à mort, l'une contre un allemand, l'autre contre le français volontaire, et l'acquittement d'un allemand. Tous les autres accusés se voyaient frappés de peines de travaux forcés ou d'emprisonnement.

Appliquée successivement dans les deux arrêts de renvoi et la décision de cassation, la loi du 15 septembre 1948 devait achever sa carrière éphémère en plein procès, le Parlement ayant, sur l'initiative des députés alsaciens-lorrains, abrogé les art. 1 et 2 et profondément modifié l'art. 3. Les condamnations ont donc été prononcées dans les termes du droit commun et de l'ordonnance de 1944, la présomption de culpabilité n'ayant, en définitive, pas reçu d'application.

L'arrêt du 3 août 1950 marque une étape importante de la répression des crimes collectifs. La Cour de cassation a rendu, il est vrai, d'autres décisions sur pourvoi contre les arrêts de renvoi intéressant des affaires de moindre importance, mais elle n'a généralement fait qu'apporter la confirmation du point de vue exprimé dans l'affaire d'Oradour. C'est donc essentiellement à cette jurisprudence et aux controverses qu'elle a provoquées dans la doctrine que se référeront les lignes qui vont suivre.

On cherchera à faire, tout d'abord, l'analyse des éléments constitutifs de la présomption de culpabilité (par. 2), puis à confronter la loi de 1948 (par. 3) avec les principes fondamentaux de la procédure criminelle et avec les so -

lutions adoptées dans certains droits étrangers (paragr. 4). On rappellera ensuite dans quelles circonstances la loi du 30 janvier 1953 a fait disparaître l'essentiel du texte adopté en 1948 (paragr. 5), pour tirer enfin les conclusions du présent chapitre (paragr. 6).

Paragr. 2.- Les éléments constitutifs de la présomption de culpabilité.-

I.- LES CARACTERES GENERAUX DE L'INCRIMINATION

1.- La présomption légale.-

La loi du 15 septembre 1948 établit entre le crime collectif, d'une part, et l'appartenance à la collectivité envisagée, d'autre part, un rapport nécessaire dont découle la culpabilité individuelle de chacun des membres de cette collectivité. La présomption réside dans cette conclusion que la loi donne au juge le pouvoir de dégager du rapprochement de ces deux faits. Elle permet de suppléer à l'absence complète de charge personnelle à l'encontre de chaque accusé pris séparément ou plus précisément, de tourner la difficulté qui résulte du fait que les preuves directes recueillies à l'encontre de la collectivité prise dans son ensemble ne constituent à l'égard de chacun de ses membres que des preuves indirectes généralement insuffisantes pour établir des culpabilités individuelles.

Pratiquement, là où l'accusation était dans l'incapacité d'établir la participation personnelle de tel soldat au massacre des habitants d'un village déterminé, il sera désormais possible de considérer, par exemple, sa simple présence sur les lieux comme une preuve suffisante de sa culpabilité personnelle, à supposer que son appartenance à l'unité collectivement incriminée ait été préalablement établie. Tandis que le droit commun eût exigé, en outre, la preuve que l'accusé était personnellement l'auteur, le co-auteur ou le complice d'un ou de plusieurs actes criminels.

Le postulat de responsabilité collective d'où la présomption de culpabilité individuelle est tirée permet, en d'autres termes, de résoudre la question de l'imputabilité du crime particulier qu'est le crime de masse. Pour que la matérialité d'un crime commis en réunion soit établie à satisfaction de droit, il doit pouvoir être attribué personnellement à chacun des participants. La présomption de droit instituée par la loi du 15 septembre 1948 autorise le juge à tenir pour certain, dans tous les cas individuels dont il est saisi, que le fait d'avoir appartenu au groupe incriminé et défini par l'article 1er implique une participation personnelle dans le crime collectif : Vous étiez présent, vous ne pouvez pas ne pas avoir pris part au crime.

Des charges individuelles ne sont donc plus nécessaires dès le moment où seule la preuve d'un crime collectif et d'une appartenance à la formation qui en est collectivement tenue

responsable suffit à entraîner des condamnations individuelles.

2.- Les rapports avec le droit commun.-

Ainsi formulée, la présomption de culpabilité de la loi de 1948 heurte les principes les plus fondamentaux du droit commun. Sans entrer pour le moment dans le détail de cette question (1), on se bornera à examiner ici le problème connexe qui consiste à savoir si une accusation fondée sur une culpabilité objective et collective exclut ou non une accusation dans les termes du droit commun. A supposer que le membre d'une organisation déclarée criminelle par le tribunal militaire international soit, non seulement, impliqué dans un crime imputable à l'action collective de l'unité à laquelle il appartient, mais se trouve être l'auteur de faits individuels dont la preuve est rapportée contre lui, le tribunal saisi d'une accusation fondée sur la loi de 1948 aura-t-il à répondre à des questions distinctes pour la participation au crime collectif et la culpabilité du crime individuel, ou devra-t-il considérer que la réponse à la question visant le ou les faits individuels se trouve comprise dans celles qui seront données à propos du crime collectif ?

Il est significatif de voir dans quels termes la Cour de cassation a opté pour la distinction des chefs d'accusation résultant du droit commun et de la loi de 1948, alors que rien, apparemment, ne l'y obligeait : "Il incombe à la Chambre d'accusation de relever à l'encontre des prévenus les charges individuelles résultant de l'information aussi bien aux termes du droit commun que de la loi du 15 septembre 1948 et de les accuser par des chefs distincts, sans qu'il en puisse d'ailleurs résulter aucune contradiction (art. 231 du Code d'instruction criminelle, art. 68 du Code de justice militaire)" (2). Les deux accusations ne sont pas indivisibles. En cas de pourvoi, ont jugé les magistrats de la Cour suprême, les réponses négatives du tribunal militaire aux chefs d'accusation fondés sur la loi de 1948 sont définitivement acquises aux accusés. La juridiction de renvoi n'a par suite plus à connaître de l'application éventuelle des art. 1 et 2 de la loi de 1948 (3).

Pourtant, relève le Prof. H. Donnedieu de Vabres, l'art. 231 CIC. invoqué par la Cour de cassation ne fait qu'exprimer un vœu. Aucune nullité n'est attachée à son inobservation. Toute la jurisprudence antérieure est en sens inverse (4).

1) Voir ci-dessous, p. 441 ;

2) Cass. crim., 3.8.50 ; Graff (D., 1950, 701) ;

3) Cass. crim., 27.6.51 ; Kienast ; voir aussi Cass. crim., 7.8.50, B. 234 ; 4.1.51, B. 8 ; 4.1.51, B. 11 ;

4) D., 1950, 701 et jurisprudence citée.

Il semble donc que la Cour ait voulu limiter dans toute la mesure du possible le champ d'application de la loi de 1948, afin d'éviter que la dispense de preuve de l'art. 1er ne soit étendue à d'autres situations que celle qui s'y trouve définie. Ainsi, "... l'accusé ne peut plus soutenir en cas de condamnation qu'il n'a été condamné que par l'effet d'une présomption de culpabilité" (1). Cette conclusion de M. le Conseiller Patin est un aveu : la loi de 1948 est trop excessive pour servir à elle seule de base à l'accusation. Cet instrument est si redoutable qu'il semble embarrasser les juges pour lesquels on l'avait forgé.

3.- Le pouvoir d'appréciation du tribunal.-

Ce souci de limiter les conséquences de la présomption légale trouve d'ailleurs son parallèle dans les conditions mêmes de sa mise en oeuvre qui est subordonnée à l'appréciation du Ministère public et du juge.

Comme on l'a vu dans les travaux préparatoires, l'Assemblée Nationale a substitué la formule "peuvent être considérés comme co-auteurs" aux mots "sont punis", du texte gouvernemental, et cela, malgré l'avis non-conforme sur ce point du Conseil de la République (2). La Cour de cassation n'a pas manqué de relever cette particularité : "... l'art. 1er (de la loi de 1948), visant le cas d'un crime imputable à l'action collective de certaines formations ennemies, permet au juge, sans d'ailleurs le lier et en lui laissant le soin de décider, d'après son intime conviction, de déclarer co-auteur du crime chacun des membres de la formation, s'il ne justifie pas de son incorporation forcée et de sa non-participation au crime...". Il convient de relever néanmoins qu'on trouve dans le même arrêt l'affirmation apparemment contradictoire suivant laquelle : "... la loi de 1948 s'impose aux juges et doit être appliquée" (3).

Quoi qu'il en soit, M. Patin loue pour sa part la prudence et la souplesse dont témoigne selon lui le texte légal : "... le tribunal", écrit-il, "reste toujours maître d'écarter la présomption d'après les résultats du débat et de se décider par suite en toute liberté et d'après son intime conviction".

M. Donnedieu de Vabres, en revanche, ne voit dans la formule de l'article 1er que la conséquence nécessaire de l'institution d'une présomption de culpabilité : "On se demande, en effet, comment la création d'une présomption, qui est une dispense

1) M. Patin, *La France et la répression des crimes de guerre*, RSCDPC., 1951, 393 ;

2) Voir ci-dessus , p. 402 ;

3) Cass. crim., 3.8.50 ; Graff (D., 1950, 701).

de preuve, pourrait s'exprimer autrement que par l'attribution d'un pouvoir". Quant au principe de l'intime conviction, invoqué par la Cour, le Prof. Donnedieu de Vabres est d'avis qu'il "ne saurait intervenir dans un cas où la loi édicte précisément une dispense de preuve. Le juge qui condamne sans preuve ne statue pas "d'après son intime conviction". Il statue sans aucune conviction quelconque quant à la culpabilité personnelle de l'accusé. Créer une présomption de culpabilité, c'est instituer une preuve légale, suivant la pratique en vigueur avant la Révolution..." (note sous Cass. crim., 3.8.50 ; D.J., 1950, 701).

II.- LE CRIME COLLECTIF

1.- L'action.

Le pouvoir d'appréciation du juge s'exerce aussi sur la question de savoir si le crime est ou non imputable à l'action collective du groupe envisagé, c'est-à-dire sur le premier des deux éléments qui servent de base à la présomption de culpabilité, le second étant représenté par l'affiliation au groupe ou à la formation faisant partie de l'organisation criminelle.

Le tribunal devra, avant toute chose, répondre à cette question : le crime de guerre tel que le définit l'art. 1er de l'Ordonnance du 28 août 1944 est-il "imputable à l'action collective d'une formation ou d'un groupe ... etc. ?". Et ce n'est que dans l'hypothèse d'une réponse affirmative que pourra lui être posée la seconde question visant l'appartenance au groupe envisagé. L'une conditionne l'autre, aussi convient-il d'examiner en premier lieu ce qu'il faut entendre par crime collectif et plus précisément sur quels critères les juges militaires auront à fonder leur décision pour attribuer le ou les crimes commis à l'action collective du groupe visé.

a) Unité ou pluralité d'action.

L'art. 1er de la Loi du 15 septembre 1948 dit "Lorsqu'un des crimes ...". Mais cette formule n'implique pas que la présomption de culpabilité soit fondée exclusivement sur une unité d'action. Elle peut aussi bien résulter d'une multiplicité de gestes individuels de même nature ayant un seul résultat criminel (par exemple, la mise à mort d'un condamné par un peloton d'exécution), que d'actes criminels multiples ayant plusieurs résultats criminels (massacre des habitants d'un village par une unité militaire).

En fait, le législateur a entendu viser des délits complexes au sens le plus large du terme et sans limiter la répression à des actes de même nature inspirés par un mobile unique tel que le cambriolage, classé comme "délit collectif par unité

de but" (1). Il fallait atteindre également des actes distincts entre eux, voire même commis à des moments différents.

L'art. 1er ne doit, par conséquent, pas être interprété dans un sens restrictif : le caractère collectif de l'action criminelle peut être déduit tant d'une pluralité d'actes matériels produisant une infraction unique que d'une pluralité d'infractions. Cette manière de voir se trouve confirmée par l'expression adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 3.8.50 (Oradour) qui vise les co-auteurs "d'un crime ou d'un ensemble indivisible de crimes".

Mais il demeure évidemment nécessaire, quelle que soit l'hypothèse envisagée, qu'on se trouve en présence d'une pluralité d'auteurs, de co-auteurs ou de complices. L'art. 1er ne fixant aucune limite numérique inférieure pour l'application de la présomption de culpabilité, il suffirait théoriquement que deux individus seulement soient en cause, si l'on pouvait imaginer qu'aucune charge personnelle ne permette de départager leurs responsabilités. Cependant, si le crime a été commis par un très petit nombre d'individus dans des circonstances telles qu'il n'aurait pu se produire sans la participation de chacun d'eux, il semble inutile de recourir à une présomption de culpabilité. En pareille hypothèse, les faits sont tels que l'activité criminelle de chacun est indéniable.

C'est évidemment le cas-limite. En-deçà, les principes ordinaires de l'administration de la preuve pourront encore être appliqués et la responsabilité criminelle conservera son caractère personnel. Au-delà, c'est-à-dire lorsque les éléments de fait se modifieront de telle sorte que la participation de tous les membres du groupe envisagé n'aura pas été nécessaire pour commettre le crime ou l'ensemble des crimes poursuivis, les règles du droit commun ne permettront plus de retenir indistinctement chacun des accusés comme co-auteur. Il peut se faire que l'un d'eux n'ait pris aucune part au crime. Dès le moment où un verdict de culpabilité l'atteint, lui aussi, on quitte le terrain de la responsabilité individuelle pour entrer sur celui de la culpabilité objective et collective.

Quoi qu'il en soit, le législateur a voulu atteindre au premier chef les crimes de guerre commis par des collectivités nombreuses. Les travaux préparatoires le démontrent clairement. Il s'agissait de résoudre des cas où les difficultés de preuve augmentent en fonction directe de l'importance des effectifs. Tel le massacre d'Oradour où les auteurs présumés représentaient approximativement l'effectif d'une compagnie, ou encore celui d'Ascq, où leur nombre a été estimé à environ 150 hommes. Par nature, les crimes imputables à des forces armées devaient

1) Donnedieu de Vabres, Traité, No 188, p. 111.

se caractériser par la conjonction de nombreux individus. L'influence de la discipline militaire a d'ailleurs limité au minimum les entreprises criminelles dues à des initiatives personnelles.

b) L'indivisibilité de l'action collective.

L'indivisibilité n'est l'objet d'aucune définition dans le droit positif français. Elle n'intervient pratiquement que dans le domaine de la procédure pénale, à titre de cause de prorogation de compétence, lorsque deux affaires pénales se rapportent à des faits qui, par exemple, "sont unis par des rapports si étroits que l'existence des uns ne se comprendrait pas sans l'existence des autres, ou que, commises en même temps, et dans le même lieu, elles s'inspirent du même mobile" (1). La loi de 1948 vise le domaine de la preuve, mais la notion de l'indivisibilité reste la même. L'essentiel est que les actes individuels apparaissent comme fondus en un tout indissociable. Comme le rapporteur du projet devant l'Assemblée Nationale l'avait relevé, il ne s'agit pas à proprement parler d'une absence de preuve, mais bien plutôt d'une singularité de preuve, encore qu'on puisse douter de la valeur de preuves qui rendent nécessaire le recours à une présomption de culpabilité (2).

Comme on vient de le voir, tant que l'action collective est le fait d'un très petit nombre d'individus, les difficultés de preuves sont minimes : le résultat criminel n'aurait pas pu être atteint sans la participation de chacun. Au-delà, les culpabilités individuelles ne peuvent être que présumées : l'effectif des co-auteurs et des complices est tel qu'il est impossible de dire si la participation de chacun d'eux aurait été nécessaire pour commettre le crime ou l'ensemble de crimes poursuivis. On ne peut attribuer, comme on l'a dit, "tel crime à tel assassin", mais il n'est pas du tout sûr que tous les membres du groupe envisagé aient pris part à l'action collective.

Cette marge de doute, déjà considérable si l'on s'en tient aux termes de l'art. 1er qui vise l'application de la présomption de culpabilité individuelle aux ressortissants allemands, s'étend encore lorsqu'on compare l'art. 1er à l'art. 3 qui traite du cas des ressortissants français.

Des Alsaciens-Lorrains ayant été incorporés de force dans les SS., la question était de savoir comment punir leur participation à un crime collectif comme celui d'Oradour, puisqu'aux termes de l'Ordonnance de base du 28 août 1944, seuls les nationaux non-français pouvaient être poursuivis pour crimes de guerre. L'art. 3 de la Loi de 1948 apporte à ce problème une

1) Donnedieu de Vabres, Traité, No 1187, p. 680 ;

2) J.O.- Documents parlem.- A.N.- Sess. extr. 1948 - Annexe No 3972 - p. 662-3.

solution qui va rendre plus complexe encore, s'il est possible, l'extravagant système de responsabilité collective institué par le législateur français.

En effet, l'art. 3 ne rend les français justiciables du tribunal militaire pour crimes de guerre que lorsqu'ils sont "personnellement co-auteurs ou complices d'un crime de guerre". L'adverbe "personnellement" signifie-t-il que la présomption de culpabilité individuelle des art. 1 et 2 est applicable aux français ?

Non, décide le juge d'instruction militaire chargé de l'affaire d'Oradour, qui sépare les cas des Français de ceux des allemands, suivi en cela par la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Bordeaux, qui rend deux arrêts de renvoi distincts le 16.2.50.

Oui, décide ensuite la Cour de cassation, saisie sur pourvoi contre ces deux jugements, qu'elle annule en ordonnant un complément d'information, afin de permettre aux Alsaciens-Lorrains, SS. malgré eux, de réunir s'ils le peuvent les preuves de leur incorporation forcée et de leur non-participation au massacre d'Oradour, puisqu'ils sont désormais présumés coupables en vertu des art. 1 et 2 de la Loi de 1948.

Il n'est pas inutile d'examiner brièvement les arguments qu'on peut faire valoir à l'appui de ces deux thèses opposées.

L'interprétation du magistrat instructeur et de la juridiction d'instruction paraît correcte, à s'en tenir aux seuls termes de l'art. 3. En effet, l'adverbe "personnellement" semble impliquer la nécessité de charges individuelles. Puisque l'accusation, selon les art. 1 et 2 de la Loi de 1948, n'exclut pas une accusation en vertu du droit commun, rien ne devrait s'opposer en principe à ce que les allemands et les français soient poursuivis séparément.

Mais cette manière de voir ne résiste pas à l'examen lorsqu'on compare l'art. 3 à l'art. 1er. Sans doute, le législateur a-t-il voulu réserver un régime de faveur aux nationaux français qui ne sont pas punissables de crimes de guerre aux termes de l'Ordonnance de 1944. Cette tendance a d'ailleurs trouvé un dernier écho lors des débats de 1948 ; l'insertion de la preuve libératoire de l'incorporation forcée, que ne prévoyait pas le projet gouvernemental, était, en effet, nettement destinée à ouvrir une porte de sortie aux Alsaciens-Lorrains. Ce faisant, l'Assemblée a montré néanmoins son intention de faire peser la présomption de l'art. 1er, non seulement sur les allemands, mais aussi sur les français.

On ne voit d'ailleurs pas par quelle singularité supplémentaire des preuves produites, la poursuite d'un crime imputable à l'action collective d'un groupe comprenant des allemands et des français, indissolublement liés dans l'action, exi-

gerait la mise en oeuvre d'une présomption de culpabilité pour les uns, mais permettrait de s'accommoder des règles ordinaires du droit commun pour les autres. Car de deux choses l'une : ou bien l'action est réellement indivisible et dans ce cas, elle l'est à l'égard de tous et la présomption de culpabilité doit s'appliquer sans distinction de nationalité, ou bien les difficultés de preuve sont moins considérables qu'on ne le pensait de prime abord, et le postulat de responsabilité collective perd toute justification, aussi bien pour les allemands que pour les français. Et si des charges individuelles sont relevées soit contre les uns, soit contre les autres, les règles du droit commun leur sont applicables à l'exclusion de toute présomption de culpabilité.

C'est pourtant sur ce dernier point que les motifs avancés par la Cour à l'appui d'une interprétation difficilement conciliable, il est vrai, avec les termes du seul art. 3, mais plus logique si l'on tenait compte du caractère général de la présomption de l'art. 1er, recèlent quelque contradiction.

En effet, les juges de la Cour suprême ne se sont pas bornés à dire que les art. 1 et 2 de la Loi de 1948 étaient également applicables aux ressortissants français. Ils ont précisé que l'existence de preuves individuelles concernant la participation, à quelque titre que ce soit, à l'action collective n'excluait nullement que les individus, ainsi reconnus coupables personnellement, soient néanmoins englobés dans la présomption de culpabilité pesant sur tous les membres du groupe auquel ils appartenaient. Pour des faits concomitants, la responsabilité peut donc être à la fois personnelle et collective.

Faisant allusion à l'activité de deux SS. Alsaciens qui "auraient surveillé les issues du bourg d'Oradour-sur-Glane, à l'effet d'empêcher les habitants de ce village de s'échapper, pendant que le reste de la formation procédait au massacre de la population...", la Cour relève qu'il s'agit là d'une "participation personnelle et directe aux crimes visés dans la prévention" et conclut que les deux intéressés "membres de la formation appartenant à l'organisation réputée criminelle, à l'action collective de laquelle des crimes étaient imputables, devaient être accusés d'après l'art. 1er et l'art. 3 de la loi du 15 septembre 1948, comme étant co-auteurs de ces crimes, puisque, si leur incorporation dans la dite organisation n'était pas volontaire, ils n'apportaient pas la preuve de leur non-participation à ces crimes".

Ainsi, non seulement les faits de participation personnelle et directe n'excluent pas l'application de l'art. 1er, mais ils l'appuient, en démontrant une culpabilité qui n'était sans cela que présumée.

Pourtant, la Cour de cassation juge d'autre part " ... que l'art. 1er de la loi du 15 septembre 1948 n'est pas exclusif d'une reconnaissance de culpabilité dans les termes du

droit commun lorsqu'il existe des charges suffisantes à l'égard de ces prévenus ou de certains d'entre eux d'avoir pris une part personnelle et directe au crime ou à l'un ou plusieurs des crimes compris dans l'ensemble indivisible." Et la Cour conclut en précisant que : "la chambre d'accusation est tenue de relever les charges individuelles résultant de l'information à l'égard de ces prévenus et de les accuser, sous ce rapport, en conformité du droit commun, par des chefs distincts, sans qu'il en puisse d'ailleurs résulter aucune contradiction" (1).

On ne comprend plus.

Il n'est pas contradictoire, estime la Cour, de retenir des faits de participation personnelle et directe pour fonder une présomption de culpabilité individuelle dont la raison d'être est précisément l'absence de charges individuelles. Bien plus, l'ensemble de crimes qui forme le résultat de l'action collective demeure indivisible, même lorsqu'il existe des charges individuelles contre certains des membres du groupe. Cette individualisation et le caractère indivisible de l'action collective ne sont, déclarent les juges de la Cour suprême, nullement contradictoires. La raison se perd.

c) L'article 2 et les crimes connexes.

L'art. 2 donne au juge des règles d'interprétation qui ne sont évidemment valables que dans l'hypothèse la plus fréquente, celle d'une pluralité d'actes criminels.

Cette disposition paraît étendre du même coup le champ d'application de la présomption aux infractions connexes, c'est-à-dire à une catégorie de crimes entre lesquels il existe des liens moins étroits qu'entre les crimes réputés indivisibles (2). Il n'est, en effet, plus nécessaire ici que les actes ne puissent être distingués les uns des autres au point de se confondre en une seule action commune. L'art. 2 suppose la réunion de deux conditions pour que les crimes de guerre commis par les membres de la formation envisagée soient "considérés comme imputables" à l'action collective de cette formation ; il faut que ces crimes soient commis "dans une même région, même isolément ou de (1a) propre initiative" des membres du groupe ; il faut aussi que "ces actes constituent les éléments d'une action d'ensemble". Ici, le juge a le choix entre plusieurs critères d'appréciation : l'importance, la gravité, la répétition des crimes, ou encore, le nombre des victimes.

Cette définition des infractions connexes marque une appréciable extension de la notion de connexité par rapport à l'art. 227 du Code d'instruction criminelle (3). En effet, selon

1) Cass. crim. 3.8.50 ; Oradour, B. 231 ;

2) Donnedieu de Vabres, Traité, No 1188, p. 680 ;

3) Ibid. p. 681.

cette disposition, et comme le nombre le Prof. Donnedieu de Vabres, les délits sont connexes :

- "1.- Quand plusieurs infractions ont été commises, en même temps par plusieurs personnes réunies ; ...
- 2.- Lorsque les infractions ont été commises par différentes personnes même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un accord conclu à l'avance entre elles ; ...
- 3.- Enfin, lorsque les coupables ont commis certains faits pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution, ou pour en assurer l'impunité" (1).

Mais l'énumération de l'art. 227 CIC. est indicative et non limitative, aussi le législateur de 1948 a-t-il pu se sentir autorisé à déborder du cadre fixé par le code d'instruction criminelle. L'innovation la plus marquante, réside dans la faculté de considérer comme une infraction connexe, c'est-à-dire imputer à l'action collective les crimes isolés commis par différentes personnes, même "de leur propre initiative", là où l'article 227 CIC. prévoit un concert préalable. Il est vrai que la seconde partie de l'art. 2 de la loi de 1948 exige que d'une manière ou d'une autre, ces crimes apparaissent comme une action d'ensemble et que pour revêtir ce caractère, des initiatives individuelles doivent logiquement résulter d'un "accord conclu à l'avance". Sur ce point, le projet gouvernemental indiquait simplement : "Les conditions dans lesquelles la présomption jouera sont déterminées de manière à permettre de réprimer non seulement les assassinats collectifs, mais les assassinats, isolés ou non, commis en série, qui sont imputables à l'action d'ensemble des membres des formations visées".

Peut-être, le législateur a-t-il voulu éviter que des contestations ne s'élèvent au sujet de l'accord préalable, étant donné que la discipline militaire et l'exécution d'ordres hiérarchiques sont par nature exclusifs d'une entente analogue à celle qui pourrait se réaliser à l'intérieur d'une bande de malfaiteurs égaux entre eux.

2.- La rédaction des questions au tribunal.-

Il reste à examiner dans quelle mesure la présomption de culpabilité individuelle de l'art. 1er et le crime collectif sur lequel elle repose sont de nature à influencer sur la rédaction des questions auxquelles le tribunal militaire doit répondre pour trancher la question de savoir si l'accusé est ou non coupable.

L'art. 90 du Code de Justice Militaire prévoit que,

1) Donnedieu de Vabres, Traité, No 1188, p. 682.

pour chacun des inculpés, le président posera tout d'abord la question : "l'inculpé est-il coupable du fait qui lui est imputé ?" Après quoi, seront posées les questions relatives aux circonstances aggravantes et aux excuses légales (1).

L'art. 1er de la loi du 15 septembre 1948 prévoyant que le juge doit répondre au préalable à la question de savoir si les crimes commis sont imputables à l'action collective du groupe auquel appartient l'accusé, il était nécessaire de détailler les éléments de l'accusation en posant une question distincte pour chacun d'eux. Cependant, cette méthode de rédaction analytique n'allait-elle pas entacher de complexité la question visant l'imputabilité du ou des crimes à l'action collective du groupe envisagé, puisqu'à l'occasion d'un seul fait, elle devait nécessairement viser plusieurs personnes ? (2).

Les solutions adoptées dans la pratique ne paraissent pas avoir encouru sous ce rapport la censure de la Cour suprême.

On constate, en effet, que dans le jugement rendu le 6 août 1949 par le tribunal militaire de Metz siégeant à Lille dans l'aff. Hauck (Ascq), les questions étaient formulées de la manière suivante, par exemple, sur le troisième chef d'accusation (homicides) :

Une question formulée en termes généraux était, tout d'abord, posée pour chaque victime : "Est-il constant que des nationaux ennemis aient à Ascq, dans la nuit du 1er au 2 avril 1944 ... volontairement donné la mort au ressortissant français X., ... ?". Puis, pour chacun des accusés et chacun des homicides ou tentatives d'homicides, deux questions :

"Untel est-il coupable d'être l'un des auteurs de l'homicide volontaire spécifié à la nième question ?

"A-t-il agi avec préméditation ?"

Dans le rapport qu'il présentait à la Chambre criminelle de la Cour de cassation, saisie de pourvois contre le jugement du 6 août 1949, M. le Conseiller Pépy relevait au sujet de la première question citée que "la jurisprudence admet les questions posées en termes généraux lorsqu'il s'agit d'un crime à l'occasion duquel plusieurs individus sont accusés, soit comme co-auteurs, soit comme complices (Cass. crim., 23.1.30, B. crim. No 27, p. 52)" (3). Mais la Cour a rejeté le moyen tiré de la prétendue illégalité résultant de ce que pour chacun des accusés et pour chaque victime, la question posée avait été : "X. est-il coupable d'être l'un des auteurs de l'homicide" et non conformément à l'art. 90 C.J.M. :

"X. est-il coupable du fait qui lui est imputé ?". En effet, la formule : "X. est-il coupable d'être l'un des auteurs... ?" contient,

1) Hugueney, Traité, p. 183 ;

2) Donnedieu de Vabres, Traité, No 1434 et 1435, p. 811 et 812 ;

3) Cass. crim., 3.6.50 ; Hauck, D.J. 1950, 521 ; note Pépy.

ajoutait la Cour de cassation "l'élément de coopération criminelle et personnelle de chaque accusé à l'homicide volontaire commis sur chacune des victimes, élément nécessaire et suffisant à la constatation de sa culpabilité" (1).

Pourtant, la lecture de l'acte d'accusation et de l'arrêt de renvoi révèle que si la relation des faits, la désignation des victimes et des lieux où les crimes ont été commis, sont faites avec précision, en revanche, les auteurs des massacres sont toujours désignés "d'une façon collective, impersonnelle" (2). Aussi, faut-il s'étonner de voir que, de l'avis de la Cour de cassation, "les réponses affirmatives données par le tribunal militaire aux questions posées dans les termes du droit commun et de l'ordonnance du 26 août 1944, sans aucune référence à la loi du 15 septembre 1948, justifient les condamnations prononcées" (arrêt Hauck).

Il est intéressant à cet égard de rapprocher le jugement d'Ascq de celui que le tribunal militaire de Marseille a prononcé en deuxième instance dans l'aff. Kienast et autres (S.D. de Vichy), le 9 janvier 1951.

En effet, dans cette dernière affaire, la loi du 15 septembre 1948 était expressément visée dans l'arrêt de renvoi et dans le jugement au fond et pourtant, les questions étaient rédigées à peu de chose près comme l'avaient été celles posées au tribunal militaire de Metz pour l'affaire d'Ascq, si bien qu'on est amené à conclure à l'application de la présomption de culpabilité dans les deux cas. La 87ème question, notamment, était ainsi rédigée :

"Est-il constant qu'à Vichy et dans la région, en 1944, en tous cas depuis un temps non-prescrit, des agents de la Sipo et S.D. de Vichy, formation déclarée criminelle par le tribunal militaire international de Nuremberg, sans ordre des autorités constituées et hors le cas où la loi ordonne de saisir les personnes, ont arrêté, détenu ou sequestré un certain nombre de nationaux ou protégés français, en dehors de ceux faisant l'objet des questions Nos 5 à 79 ci-dessus (3), fait non-justifié par les lois et coutumes de la guerre ?".

Les questions 88 à 90 visaient ensuite les circonstances aggravantes de durée, de menaces de mort et de tortures. Puis la 91ème question réservait l'incorporation forcée et la 92ème, la non-participation au crime. Enfin, la 93ème question ajoutait :

"X. ... n'ayant pu justifier de son incorporation forcée dans la-

1) Cass. crim., 3.6.50, loc. cit. ,

2) Note Pépy sous Cass. crim., 3.6.50 ;

3) Il s'agit des questions portant sur les faits personnels.

dite formation et de sa non-participation au crime ci-dessus spécifié, peut-il en être tenu pour co-auteur ?"

On notera la formule, plus proche du texte légal, mais dont les effets sont, en définitive, analogues à ceux de la question : "X. est-il coupable d'être l'un des auteurs... ?" Les deux rédactions supposent l'absence de charges individuelles.

Dans l'affaire d'Ascq, le tribunal avait dans un jugement sur incident donné acte à six parmi les neuf accusés de ce que les témoins n'avaient pu les identifier comme étant les auteurs de meurtres et pillages, réserve faite que les mêmes témoins n'avaient pas davantage certifié que les six accusés en question n'étaient pas les auteurs de ces meurtres et de ces pillages (premier jugement, 4 août 1949) (1).

Dans celle de Vichy, le tribunal militaire de Marseille avait, en outre, et conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'affaire d'Oradour (2), statué séparément sur les faits à propos desquels des charges personnelles avaient pu être recueillies contre les accusés.

Ainsi, dans les deux cas, les questions qui viennent d'être citées étaient posées dans les termes de la loi du 15 septembre 1948. La question générale concernant le crime proprement dit est rédigée de la même manière dans les deux affaires. Peut-être, serait-il préférable cependant de l'énoncer, comme le propose M. le Conseiller Patin (3), en interrogeant le tribunal sur le point de savoir "s'il est constant que le crime, objet de l'accusation, est imputable à l'action collective d'une formation ennemie répondant à la définition de la loi", plutôt que de demander simplement au tribunal s'il est constant que "des agents du S.D." (affaire de Vichy) ou "des nationaux ennemis" (aff. d'Ascq), ont commis le crime qui forme l'objet de l'accusation.

En effet, il paraît nécessaire que le tribunal soit appelé à se prononcer sur l'imputabilité du crime ou de l'ensemble indivisible de crimes à l'action collective du groupe envisagé.

Quant aux questions individuelles, il semble également plus conforme à la fois au texte de la loi et à la situation qu'elle prévoit, de poser la question de savoir si, étant membre de l'organisation criminelle définie à l'article 1er, l'accusé est co-auteur du crime spécifié dans la question générale, plutôt qu' "un des auteurs". Mais les deux formules sont, en définitive, des expressions différentes d'une même idée et le résultat final, c'est-à-dire la mise en oeuvre de la présomption de culpabilité individuelle et le renversement du fardeau de la preuve est pareil dans les deux jugements.

1) R. de La Pradelle, l'affaire d'Ascq (Les éditions internationales, Paris, 1949), p. 24 ;

2) Cf. ci-dessus , p. 410 ;

3) M. Patin, op. cit. (RSCDPC., 1951, 393); cf. ci-dessus, p. 411.

III.- L'APPARTENANCE A UNE ORGANISATION DECLAREE CRIMINELLE

C'est le second élément de la présomption de culpabilité individuelle.

Il ne suffit pas qu'un crime de guerre ou un ensemble indivisible de crimes de guerre soit imputable à l'action collective de n'importe quel groupe de "nationaux ennemis ou agents non-français au service de l'ennemi", au sens où l'entend l'art. 1er de l'ordonnance du 28 août 1944. Il faut encore - dit la loi de 1948, art. 1er - que cette formation ou ce groupe fasse partie d' "une organisation déclarée criminelle par le tribunal militaire international de Nuremberg, agissant en vertu de l'acte du 8 août 1945". Ce n'est qu'à cette dernière condition que "tous les individus appartenant à cette formation ou à ce groupe peuvent être considérés comme co-auteurs".

La référence au jugement de Nuremberg peut surprendre. Sans doute, les SS. et la police allemande d'occupation (Sipo et S.D.) constituaient-ils les formations ennemies dont la notoriété criminelle était la plus répandue, au point que les 3/4 des massacres commis en France et dans les autres pays occupés par le IIIème Reich ont pu leur être imputés sans grand risque d'erreur. Mais rien ne permettait d'exclure a priori l'hypothèse de massacres perpétrés par d'autres troupes ennemies. En sorte que, dès le moment où l'on cherchait à forger un instrument de répression plus efficace, la logique eût commandé d'étendre au lieu de restreindre son champ d'application. Paradoxalement, le législateur français paraît avoir imposé des limites toutes gratuites à sa hardiesse.

En fait, l'allusion aux déclarations de criminalité prononcées à Nuremberg et la notable restriction qu'elle entraîne dans le cercle des personnes visées par la loi de 1948, semblent avoir été dictées avant tout par le souci de mieux asseoir la notion très discutée de la culpabilité objective et collective. Si le législateur de 1948 a voulu que la présomption de l'art. 1er ne puisse peser que sur les formations appartenant à certaines unités allemandes, c'est parce qu'il lui a paru préférable de présenter la loi nouvelle, non comme une initiative purement nationale, mais comme l'exécution des décisions prises à Nuremberg.

Pourtant, loin de se conformer à ces déclarations de criminalité et aux importantes réserves dont le tribunal international les avait accompagnées, la loi de 1948 répudie, comme on l'a dit, et leur lettre et leur esprit. Il convient donc de rappeler tout d'abord la substance et la signification de cette partie du jugement, pour examiner ensuite comment le mécanisme de la culpabilité objective et collective s'est mis en conflit

avec les décisions non équivoques des juges alliés.

1.- Les déclarations de criminalité prononcées par le tribunal militaire international de Nuremberg.-

a) La théorie de la criminalité collective.

Le début du présent chapitre a déjà fourni l'occasion de décrire la genèse des décisions rendues par le tribunal militaire international dans son jugement des 30 septembre et 1er octobre 1946, depuis le mémorandum déposé le 28 mars 1945 par le représentant de la France à la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, jusqu'à la recommandation adoptée le 16 mai 1945 par cette même Commission et jusqu'au Statut du tribunal militaire international annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 (1).

On ne reviendra donc pas sur le détail des dispositions de ce statut, sinon pour rappeler que le tribunal de Nuremberg était autorisé à déclarer, à l'occasion d'un procès intenté devant lui "contre tout membre d'un groupement ou d'une organisation quelconques, ... que le groupement ou l'organisation à laquelle il appartenait était une organisation criminelle" (art. 9, al. 1 du Statut). En outre, l'art. 10 prévoyait qu'au cas où l'une des Puissances signataires de l'Accord du 8 août 1945 userait du droit qui lui était conféré de traduire devant ses tribunaux nationaux, tout individu en raison de son affiliation au groupement ou à l'organisation déclarés criminels, le caractère criminel de ce groupement ou de cette organisation serait considéré comme établi et ne pourrait être discuté. Enfin, le Statut précisait que dans l'hypothèse où l'un des "grands criminels de guerre", condamnés par le tribunal militaire international comparaitrait devant un tribunal national pour un crime autre que son affiliation à une organisation déclarée criminelle, ce tribunal national pourrait prononcer une peine supplémentaire indépendante de celle déjà imposée par le tribunal de Nuremberg pour la participation de l'accusé aux activités criminelles de l'organisation (art. 11).

Ainsi ramené à l'essentiel, le mécanisme des déclarations de criminalité du tribunal de Nuremberg pourrait faire croire que le simple fait d'avoir appartenu à une organisation déclarée criminelle constitue un crime "sui generis" impliquant une condamnation automatique devant un tribunal national. Le "délict d'appartenance" serait, par conséquent, une manière de délit contraventionnel, la constatation matérielle de l'appartenance formelle suffisant à entraîner un verdict de culpabilité et le prononcé d'une peine, sans que le tribunal national saisi ait à

1) Voir ci-dessus, p. 391.

tenir compte de l'élément intentionnel (1).

Mais ni le Statut, ni le jugement du tribunal militaire international n'autorisent une telle interprétation.

Cherchant à définir la notion de criminalité collective, le procureur général américain Jackson a voulu démontrer par de nombreuses citations tirées du droit commun, que le pouvoir déclaratif attribué aux juges de Nuremberg ne constituait nullement une innovation. Certaines lois américaines destinées notamment à lutter contre le Klu-Klux-Klan, et autres groupements subversifs, la Loi No 30 des Indes britanniques concernant les bandes de terroristes hindous, le code pénal allemand de 1871 (art. 128) visant les sociétés secrètes, le code pénal soviétique punissant le crime de banditisme, enfin, l'art. 265 du code pénal français concernant le crime d'association de malfaiteurs lui paraissent autant d'exemples des sanctions que prévoit déjà le droit interne à l'encontre de toutes les ententes criminelles. Au reste, un tribunal allemand n'a-t-il pas même déclaré le parti nazi criminel ? (2).

Cependant, s'il paraît se placer résolument sur le terrain de l'association de malfaiteurs, en donnant, il est vrai, à cette notion le sens le plus large, M. Jackson se contente d'établir l'existence d' "une certaine aggrégation de personnes visiblement associées en vue d'un dessein collectif et général". Il considère que le caractère volontaire de l'appartenance est sous-entendu par le Statut.

On objectera qu'il existe de sensibles différences entre l'association de malfaiteurs - qu'on rencontre, en effet, sous une forme ou sous une autre dans la plupart des droits internes - et l'organisation criminelle visée par le Statut. L'une est dissimulée aux pouvoirs publics, elle est, par définition, clandestine, tandis que l'autre est "une organisation de droit public dont les autorités gouvernementales ont assuré la formation et dont elles dirigent et contrôlent l'activité" (3).

- 1) Cf. Donnedieu de Vabres, Traité, No 164, p. 98 ;
- 2) Procès, T. VIII, p. 363-5, 388, 390 ; cf. aussi l'ordonnance française du 26.12.44 instituant l'indignité nationale (Donnedieu de Vabres, Traité, No 1174, p. 674 ; J.B. Herzog, Les organisations nationales-socialistes devant le Tribunal de Nuremberg, RIDP. 1946/343 ;
- 3) Herzog, op. cit. ; comp. Sontag (RPS., 1949, p. 65) ; Graven, Principes d'un code répressif des crimes contre la paix (RDISDP. 1950, 361). A. Boissarie, Rapport général sur la répression des crimes nazis contre l'humanité et sur la protection des libertés démocratiques (RDIP, 1947, p. 11) ; G. Ottolenghi, Le problème des criminels de guerre (RDISDP, 1946, p. 1) ; A.S. Neave, The Trial of the SS at Nurnberg (RDIP, 1946, p. 277) ; History of the U.N. War Crimes Commission, p. 322-3.

Suffit-il de dire, comme l'a fait M. Aroneanu, que cet organisme de droit public est criminel puisqu'il émane d'un "ordre public assassin" ? A ce propos, M. Herzog pense pour sa part que "la nature administrative d'une association ne lui retire pas son caractère criminel si la perpétration de ce crime constitue son activité primordiale".

En admettant même que la police ou les formations d'élite d'un régime autoritaire sont naturellement portés aux excès, non par exception, mais habituellement, encore faudrait-il pour les assimiler à une bande de malfaiteurs, établir l'existence d'une entente délictueuse entre leurs membres. Les ordres donnés par un même pouvoir central ne peuvent y suppléer. Il y a donc un problème de connaissance qui vise moins les buts poursuivis - lesquels sont le plus souvent légitimes, comme le maintien de l'ordre ou la sécurité du pays - que les moyens mis en oeuvre pour les atteindre. Or, si la résolution d'agir d'une manière concertée en vue de commettre des crimes peut être aisément établie entre les membres d'une association de malfaiteurs, ce n'est que par une assimilation discutable que les éléments du crime d'association de malfaiteurs ont été appliqués à des organes de droit public comme la police ou certaines formations armées.

La notion de criminalité collective ne peut donc se calquer aussi fidèlement qu'on le prétend sur le modèle de l'association de malfaiteurs (1). Aussi bien, le procureur général américain n'entend-il emprunter à ce crime de droit commun que les éléments qui permettent de mieux étayer la thèse de l'accusation. En effet, M. Jackson paraît avoir été au-delà de l'association de malfaiteurs qui supposait non une appartenance de fait, mais bien une adhésion consciente, l'affiliation ne pouvant être dissociée de la connaissance du caractère criminel des buts poursuivis par le groupement ou l'organisation.

A l'entendre, il serait "sans pertinence qu'un ou plusieurs membres aient été contraints de donner leur adhésion si l'appartenance était en général volontaire". La preuve de l'incorporation forcée peut servir d'argument au cours de procès ultérieurs à l'échelon national. Elle ne saurait influencer sur la déclaration de criminalité elle-même.

Enfin, et c'est là l'essentiel des conclusions de l'accusation à Nuremberg sur ce point, "chaque groupe ou organisation devrait être déclaré criminel en soi". Pourtant, M. Jackson exclut de ses réquisitions les employés, fonctionnaires ou soldats de rang subalternes, ouvrant ainsi la porte aux distinctions et aux réserves contenues dans le jugement (2).

1) A. Eiselé, *Réflexions sur les procès de criminels de guerre en France* (RDPC, 1950-51, p. 305) ;

2) Procès, T. VIII, p. 369.

b) Le jugement.

Le Tribunal n'a pas complètement suivi l'accusation, ni dans les principes qu'énonçait le Procureur général Jackson, ni dans l'application qu'il voulait en faire aux différentes organisations accusées.

Sa doctrine se trouve résumée dans les considérations générales qui précèdent l'examen du cas de chacune des organisations accusées. Rappelant les dispositions des art. 9 et 10 du Statut et le pouvoir discrétionnaire dont il est investi en vertu de ces dispositions, le tribunal relève qu'il s'agit là d'un pouvoir judiciaire "qui doit être exercé conformément aux principes juridiques admis, dont l'un des plus importants est celui de la culpabilité individuelle qui exclut les sanctions collectives" (1). Traitant des conséquences de ce pouvoir déclaratif, il ajoute "le tribunal devra faire une telle déclaration de criminalité en s'assurant que des innocents ne seront pas frappés par la répression".

Il a ensuite dégagé les critères sur lesquels reposeraient ses décisions :

- 1.- Il faut, tout d'abord, qu'il y ait un groupe "dont les membres sont liés les uns aux autres et organisés en vue d'un but commun". Le tribunal a estimé, par exemple, que l'Etat-Major Général et le haut-commandement accusés en qualité d'organisation ne constituaient ni une organisation, ni un groupement - terme plus large - au sens du Statut.
- 2.- La formation ou l'utilisation du groupe doit avoir un rapport avec la perpétration des infractions incriminées par l'art. 6 du Statut. Ainsi, le tribunal n'a pas retenu les S.A. en tant qu'organisation criminelle, les membres des S.A. ne lui ayant pas paru avoir, en général, participé à des actes criminels ou en avoir eu connaissance.
- 3.- Il faut une adhésion volontaire à l'organisation. Les déclarations de criminalité - dit le tribunal - devront exclure "ceux qui ont été mobilisés par l'Etat pour en faire partie". Toutefois, dans cette dernière catégorie des incorporés non-volontaires, le tribunal n'inclut pas - et par suite entend soumettre à la déclaration de criminalité - ceux qui sont "personnellement impliqués, en qualité de membres de l'organisation, dans la perpétration d'actes déclarés criminels par l'art. 6 du Statut". En d'autres termes, "les incorporés de force qui ont été personnellement impliqués dans la perpétration d'actes criminels deviennent des volontaires"(2).

1) Procès, T. I, p. 269 ;

2) Cf. Herzog, op. cit. (RIDP; 1946, p. 343).

4.- Enfin, la déclaration "devra exclure les personnes qui n'ont pas eu connaissance des buts ou des actes criminels de l'organisation", L'adhésion ne devra donc pas seulement avoir été volontaire, mais aussi consciente.

Le tribunal - comme d'ailleurs l'Accusation - a, par conséquent, écarté le principe d'une culpabilité objective et collective. Ses déclarations de criminalité collective ont un caractère essentiellement subjectif, puisqu'elles font du délit d'appartenance un délit essentiellement intentionnel en exigeant les éléments de volonté et de conscience (1). Contrairement au point de vue exprimé par M. Jackson, le jugement n'a pas présumé le caractère volontaire de l'adhésion.

Enfin, le tribunal a terminé cet exposé des principes généraux qui avaient servi de base à ses décisions en formulant plusieurs recommandations à l'adresse des autorités nationales :

- 1.- Il recommande, tout d'abord, l'uniformité de traitement, des classifications, des sanctions et des peines lorsque les membres des organisations criminelles seront traduits devant les tribunaux nationaux ou d'occupation.
- 2.- Le tribunal s'en prend tout spécialement à la Loi No 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne dont l'art. II, ch.3, laisse le choix de la peine à la discrétion des juges qui sont ainsi autorisés à prononcer la peine de mort ou une simple amende pour le même fait, y compris le crime d'affiliation. Or, la loi de dénazification du 5 mars 1946, ratifiée pour la Bavière, la Grande-Hesse et le Wurtemberg-Bade, prévoit au contraire une échelle de peines précise, ce qui amène le tribunal à recommander "qu'en aucun cas, la peine appliquée en vertu de la loi No 10, à un membre quelconque d'une organisation ou d'un groupement déclarés criminels par le tribunal, ne dépasse la peine prévue par la loi de dénazification" (c'est-à-dire 10 ans d'emprisonnement). Et il ajoute : Personne ne doit être puni simultanément en vertu de ces deux lois".
- 3.- Le tribunal recommande aux Puissances alliées d'amender la loi No 10 dans le sens des remarques qui précèdent (2).

Après ces considérations générales valables pour l'ensemble des groupements et organisations accusés, le tribunal traite successivement de chacun d'entre eux, en décrivant dans chaque cas leur structure, leur composition et leur activité criminelle. Sous le titre conclusion, le tribunal formule pour chaque organisation une déclaration de criminalité qui est l'exacte expression des critères qui viennent d'être définis.

Ces conclusions qu'on peut considérer comme le dispositif du jugement déclaratif de criminalité sont divisées en deux parties.

1) Rapport de M. le Conseiller Pépy; Cass.crim.3.6.50; Hauck(D.1950, 521) ;

2) Procès, T. I, p. 271.

Dans la première partie de la déclaration, le tribunal indique quelles catégories de membres sont visées. Mais il ne s'est pas borné à exclure, comme l'admettait l'accusateur américain, les employés, fonctionnaires ou soldats de rang subalterne. Dans le cas des SS., par exemple, le tribunal exclut les unités de cavaliers SS. (Reiterkorps). Dans celui de la Gestapo et du S.D., il exclut également les membres de la police de protection des frontières (Zollgrenzschutz) et de la sûreté aux armées.

La seconde partie de la conclusion s'écarte plus sensiblement encore des réquisitions du Ministère public.

En effet, ce qui est déclaré criminel, ce n'est pas l'organisation en soi - comme le demandait le procureur général Jackson - mais seulement un groupe d'individus remplissant certaines conditions : il faut, ou bien - première condition - être devenu ou resté membre de l'organisation telle qu'elle a été définie dans la première partie du dispositif, en sachant qu'elle était utilisée pour commettre les actes qualifiés crimes par l'art. 6 du Statut ; (c'est la première catégorie de membres), ou bien - seconde condition - avoir personnellement, comme membre de l'organisation, participé à ces crimes. Mais à l'intérieur de cette seconde catégorie de membres, la déclaration excepte cependant les incorporés d'office qui n'ont pas commis de tels crimes.

Ces deux premières conditions sont donc alternatives.

La troisième condition est une condition de temps.

La conclusion du tribunal visant, par exemple, les SS. étant basée sur la participation de l'organisation à des crimes de guerre, le tribunal exclut de la déclaration les membres qui ont cessé d'appartenir aux diverses catégories retenues par la première partie de la conclusion, avant le début de la guerre, soit le 1er septembre 1939.

En résumé, le jugement du tribunal de Nuremberg ne comporte pas de déclaration de criminalité de l'organisation comme telle. "Dire que les SS. ont été déclarés criminels constitue une formule elliptique, tout membre des SS. ne peut être automatiquement considéré comme faisant partie de l'organisation criminelle" (1). Le tribunal a précisément voulu éviter que les déclarations de criminalité collective n'entraînent des condamnations automatiques (2). En postulant le principe de la responsabilité individuelle, qui exclut les sanctions individuelles, le tribunal de Nuremberg a nécessairement rejeté l'idée d'une culpabilité objective et collective. Les déclarations de criminalité comportent sans doute des présomptions de criminalité collective qui revêtent même un

1) Rapport de M. le Conseiller Pépy ; Cass. crim. 3.6.50 ; Hauck (Ascq) (D., 1950, p. 521) ;

2) Procès, T. VIII, p. 455 et ss. : Intervention de M. le Prof. H. Donnedieu de Vabres.

caractère absolu puisqu'elles ne peuvent être mises en discussion devant les tribunaux nationaux (art. 10 du Statut). Elle n'entraîne, en revanche, aucune présomption de culpabilité individuelle à l'égard des membres de l'organisation.

2.- Le conflit entre le jugement de Nuremberg et la loi du 15 septembre 1948.-

a) La loi du 15 septembre 1948 se présente comme une résultante du jugement de Nuremberg, mais on peut dire qu'elle heurte de front la plupart des principes qui s'en dégagent.

Les travaux préparatoires et, en particulier, le rapport de la commission de justice de l'Assemblée nationale pour le débat en première lecture ont déjà permis de montrer en quoi consistait une partie de ce malentendu. On se souvient que le projet gouvernemental avait soutenu l'idée suivant laquelle le seul fait d'appartenir à une organisation déclarée criminelle étant théoriquement punissable de mort en vertu de la loi No 10 du Conseil de contrôle pour l'Allemagne, le législateur était en droit de punir également de la peine capitale le crime d'association de malfaiteurs en substituant la peine de l'art. 296 visant l'assassinat à celle de l'art. 266 prévoyant la peine des travaux forcés à temps (5 à 20 ans) pour l'association de malfaiteurs. Mais le Parlement avait nettement rejeté cette argumentation comme point de départ de l'incrimination (1).

Cependant, le texte adopté a laissé subsister une présomption de culpabilité impliquant un renversement du fardeau de la preuve qui est manifestement inconciliable avec le jugement de Nuremberg, auquel il se réfère pourtant d'une manière propre à créer la confusion sur les intentions réelles du tribunal militaire international.

Les contradictions que recèle la loi de 1948 peuvent être décrites de la manière suivante :

1. En dépit des justes remarques de M. Jules Julien, rapporteur du projet devant l'Assemblée nationale (2), la loi confond deux faits juridiques distincts : le délit d'appartenance à une organisation criminelle, d'une part, et la participation à un crime ou un ensemble indivisible de crimes comme l'assassinat, l'incendie, le pillage, d'autre part.

Il n'est pas possible, disait M. Julien, d'échanger la certitude du délit d'appartenance contre la présomption d'une participation au crime collectif.

Lorsque le tribunal militaire international a prononcé ses déclarations de criminalité collective, il n'a entendu disposer qu'en vue des procès ultérieurs qui pourraient avoir lieu devant les tribunaux nationaux du chef d'appartenance à une orga-

1) Cf. ci-dessus , p. 400 ;

2) Cf. ci-dessus, p. 401.

nisation criminelle et non en vue des procès qui seraient ouverts du chef de participation à un crime ou un délit distinct du délit d'appartenance. C'est ce qui résulte à l'évidence de l'art. 10 du Statut. On ne saurait donc lier à la déclaration de criminalité collective une présomption de culpabilité individuelle visant la participation à un crime collectif.

Cette distinction, que n'a pas faite la loi de 1948, ressort non moins clairement du réquisitoire du procureur général Jackson à l'égard des crimes commis par les SS. ou la Gestapo : "Tout membre coupable de participation directe à des crimes de ce genre peut, si nous pouvons le trouver et l'identifier, être jugé pour avoir commis des crimes bien déterminés, en plus de l'accusation générale d'appartenance à une organisation criminelle" (1).

On notera, au surplus, qu'il est fait allusion à une participation directe, c'est-à-dire à des actes de coopération individualisés. La précision apportée par l'adjectif "directe", qui n'est certainement pas fortuite, doit être rapprochée de la formule adoptée par le tribunal militaire international lui-même, pour exclusion de ses déclarations de criminalité collective "ceux qui ont été mobilisés par l'Etat pour en faire partie, à moins qu'ils n'aient été personnellement impliqués, en qualité de membres de l'organisation, dans la perpétration d'actes déclarés criminels par l'art. 6 du Statut". Qu'il s'agisse du Ministère public ou des juges, les références qui sont faites aux crimes distincts du délit d'appartenance supposent chaque fois que leur répression doit être organisée devant les tribunaux nationaux suivant les principes de la "culpabilité individuelle, qui exclut les sanctions collectives" (2). Le tribunal a donc nettement séparé criminalité collective et sanction collective.

2. La loi de 1948 crée une nouvelle forme de culpabilité, objective et collective : "objective, parce qu'elle existe sans qu'il y ait à faire la preuve de la culpabilité individuelle, collective puisqu'elle suppose des actes criminels accomplis par un groupe et entraînant d'une façon quasi automatique la responsabilité des membres du groupe ..." (3).

Elle s'oppose ainsi derechef au jugement de Nuremberg, dont les déclarations de criminalité collective revêtent un caractère nettement subjectif. Prenant pour exemple et du même coup pour sujet de critique la loi No 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne, le tribunal militaire international s'est attaché à donner du délit d'appartenance à une organisation criminelle la seule définition qui soit compatible à ses yeux avec les déclarations de criminalité qu'il s'appêtait à prononcer. Il est clair que le tribunal a entendu faire de ce délit une infraction intentionnelle. Les dé-

1) Procès, T. VIII, p. 370 ;

2) Procès, T. I, p. 270 ;

3) Rapport de M. le Cons. Pépy ; Cass. crim., 3.6.50 ; Hauck, loc.cit.

clarations de criminalité excluent ceux qui n'ont pas eu connaissance des buts ou des actes criminels de l'organisation, et ceux qui ont été mobilisés par l'Etat pour en faire partie, sous réserve, pour cette seconde catégorie, des cas de participation personnelle à l'un des crimes visés par l'art. 6 du Statut.

"La seule appartenance formelle à l'organisation ne suffit pas à elle seule pour rentrer dans le cadre de ces déclarations" (1). Le tribunal a clairement indiqué par là que le délit d'appartenance n'était pas un délit matériel. Il suit de là que les éléments de preuve supplémentaires, c'est-à-dire la spontanéité de l'adhésion et la conscience des crimes formant le but de l'organisation, sont à la charge de l'accusation.

Si le tribunal de Nuremberg n'a pas voulu déclarer criminelle l'organisation comme telle, ce qui aurait sans doute été plus simple et du moins conforme au vœu de l'Accusation, c'est précisément en vue d'éviter des condamnations ultérieures automatiques. Et s'il a expressément exclu les membres non-conscients et non-volontaires, c'est qu'il a entendu écarter une présomption d'adhésion volontaire et de conscience des crimes de l'organisation, qui eut entraîné une présomption de culpabilité.

Or, le Prof. H. Donnedieu de Vabres a montré que la loi du 15 septembre 1948 présente sur ce point deux contradictions flagrantes. Elle prévoit en premier lieu une présomption de culpabilité qui méconnaît le caractère subjectif des déclarations de criminalité collective prononcées par le tribunal de Nuremberg. Elle recèle en second lieu une contradiction dans ses propres termes. En effet, la référence qui est faite par l'art. 1er au jugement de Nuremberg implique l'obligation pour le Ministère public de rapporter la preuve que chacun des accusés a adhéré volontairement et en connaissant les buts ou les actes criminels de l'organisation. La présomption de culpabilité leur est théoriquement étrangère tant que ces deux conditions de leur appartenance n'ont pas été établies par l'Accusation (2). Mais l'art. 1er impose en même temps à l'accusé la charge de prouver son incorporation forcée. Il en résulte une incohérence manifeste. Car si la présomption de culpabilité est appliquée, c'est que le Ministère public a fait la preuve de la spontanéité de l'adhésion et, dans ce cas, l'accusé ne saurait se libérer par la preuve contraire. L'adhésion ne peut être à la fois volontaire et forcée.

3. La loi du 15 septembre 1948 introduit enfin entre l'accusé et l'organisation la notion de groupe ou de formation qui donne à l'appartenance un caractère médiate ou indirect certainement contraire au jugement de Nuremberg (3). Il suffit, selon le tribunal

1) Procès, T. I, p. 270 ;

2) Cass. crim., 3.6.50 ; Hauck, Rapport de M. le Cons. Pépy et note Donnedieu de Vabres, D.J. 1950, p. 521 ;

3) Rapport de M. le Cons. Pépy ; Cass. crim., 3.6.50 ; Hauck, loc. cit.

militaire international, que les conditions de l'appartenance soient établies à l'égard de l'organisation déclarée criminelle telle que l'a définie le tribunal. En d'autres termes, des sous-groupes ne sauraient jouer aucun rôle entre l'accusé et l'organisation (1).

b) Le conflit porte donc essentiellement sur la présomption de culpabilité, dont le caractère objectif est évidemment inconciliable avec les déclarations de criminalité collective et sur le renversement du fardeau de la preuve qui en résulte.

Les avis contraires qui se sont manifestés dans la jurisprudence et la doctrine ont surtout cherché à montrer que la présomption de culpabilité de la loi de 1948 ne comportait pas une interprétation erronée des déclarations de criminalité collective prononcées par le tribunal militaire international.

Dans le principal arrêt intéressant l'application de la loi de 1948, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a contesté le caractère subjectif du jugement de Nuremberg : Les déclarations de criminalité prononcées par le tribunal militaire international "impliquent nécessairement la reconnaissance de la criminalité des organisations qu'elles visent", et cela "quelles que soient les réserves qu'elles expriment en faveur de ceux des adhérents aux organisations accusées qui étaient de bonne foi, en vue de les exempter de poursuites du seul fait de cette adhésion." Car, selon la Cour, le tribunal militaire international n'a pu déclarer la criminalité du groupe des membres d'une organisation "qui avaient eu connaissance des buts criminels et des actes criminels de cette organisation ou qui avaient pris part aux actes criminels à la perpétration desquels elle était utilisée sans déclarer par là même, sous les réserves qu'il formulait, la criminalité de l'organisation elle-même" (2).

M. le conseiller Patin se range sur ce point à l'opinion de la Cour de cassation. Le tribunal militaire international, écrit-il, n'a pu faire autrement que de déclarer "implicitement peut-être, mais nécessairement", que l'organisation elle-même était criminelle (3).

Ainsi, estime la Cour suprême, le législateur français a tenu compte des réserves exprimées par le tribunal militaire international, dont il n'a pas dénaté les déclarations de criminalité. La loi de 1948 n'est donc pas en conflit avec le jugement de Nuremberg. En d'autres termes, l'institution d'une présomption

1) Procès, T. VIII, p. 361 ;

2) Cass. crim., 3.8.50 ; Graff (Oradour) - D., 1950, 701 et note Donnedieu de Vabres ;

3) Patin, op. cit. (RSCDPC., 1951, 393).

de culpabilité individuelle, conclut-on, ne heurte pas les déclarations de criminalité collective. La Cour ne voit là en tous cas nulle contradiction. M. Patin admet pour sa part l'existence d'une certaine dissemblance, sinon d'un véritable conflit. Il accorde que, selon le tribunal militaire international, l'adhésion à l'organisation ne comportait pas de présomption de participation aux crimes commis par l'organisation, tandis qu'en obligeant ceux dont l'adhésion était forcée à rapporter eux-mêmes la preuve de cette contrainte, la loi de 1948 met à leur charge "une présomption qu'il leur appartient de combattre" (1). Cependant, ajoute-t-il, "Le tribunal de Nuremberg ne statuait pas en vue de la répression des crimes de guerre, mais uniquement en vue de la définition d'un délit spécial et particulier, le délit d'appartenance à une organisation criminelle". Par conséquent, les réserves faites par le jugement en faveur des adhérents non-volontaires et non-conscients ne concernaient pas la poursuite des crimes autres que le crime d'appartenance. Paradoxalement, M. Patin est d'avis que la loi de 1948 qui, elle, vise les crimes de guerre autres que le crime d'appartenance, "pouvait admettre, sans se mettre en conflit avec la décision de Nuremberg, une présomption que le tribunal militaire international n'avait pas prévue".

Dans une note, sous l'arrêt du 3 août 1950 (Oradour), déjà cité, le professeur Donnedieu de Vabres rejette en entier l'argumentation de la cour de cassation. La loi de 1948 a dénaturé les conclusions du jugement de Nuremberg, puisqu'en se référant aux déclarations de criminalité qu'il a prononcées, elle soustrait nécessairement à la présomption de culpabilité qu'elle institue, les membres du groupe à l'égard desquels la double condition de l'adhésion volontaire et de la connaissance des crimes commis n'est pas remplie. Quant à l'affirmation suivant laquelle le tribunal de Nuremberg aurait déclaré la criminalité de l'organisation elle-même, l'auteur de la note relève que l'insertion des mots "sous les réserves qu'il formulait" suffit à ruiner la conclusion, puisque les réserves faites avaient précisément pour effet de limiter les effets de la déclaration de criminalité à un certain groupe de membres exactement défini, et non de l'étendre à l'organisation tout entière.

C'est précisément en vue d'éviter que les déclarations de criminalité n'atteignent "sans discernement toutes les personnes inscrites au groupe criminel" que le tribunal a inséré ces réserves dans le jugement. La présomption contenue dans la loi de 1948 va directement à l'encontre des préoccupations qui ont manifestement animé les juges de Nuremberg.

1) Patin, op. cit. (RSCDPC., 1951, 393).

3.- Les limites de la notion d'appartenance.-

a) Malgré l'insertion de la formation ou du groupe entre l'accusé et l'organisation, rien ne fixe dans la loi quelle étendue le juge devra donner à la notion de l'appartenance elle-même.

Théoriquement, le tribunal pourrait considérer que la formation ou le groupe visé par la loi du 15 septembre 1948 s'identifie avec le groupe des membres déclarés criminels par le jugement de Nuremberg. Ce qui supposerait l'exclusion de certaines catégories, comme, par exemple, les cavaliers (Reiterkorps) pour les SS., et d'une manière plus générale, des membres non-volontaires et non-conscients, la formation incriminée comprenant, par conséquent, tous les membres dont l'adhésion serait volontaire et consciente ou qui auraient pris personnellement part à des crimes visés par l'art. 6 du Statut. Encore, conviendrait-il dans ce dernier cas de noter qu'une participation qualifiée de personnelle semble par définition exclure une participation présumée qui serait l'effet de la seule appartenance formelle à l'organisation.

Le juge pourrait également viser tous les membres de l'organisation sans même tenir compte des réserves exprimées par le tribunal militaire international, puisque, selon la cour de cassation, les déclarations de criminalité collective se rapportent à l'organisation comme telle. Dans cette hypothèse, l'appartenance formelle à l'organisation suffirait pour entraîner la mise en oeuvre de la présomption de culpabilité, le juge étant pratiquement libre de considérer que tel crime est, en définitive, imputable à l'action collective de l'organisation prise dans son ensemble, quel qu'ait été le comportement de ses membres.

Une telle interprétation conduirait à des conséquences inadmissibles en permettant la condamnation d'individus n'ayant pris aucune part au crime, puisque la loi subordonne le renversement de la présomption à la preuve de la non-participation au crime, c'est-à-dire, dans la généralité des cas, à un alibi dont la preuve est rarement rapportée.

En fait, il semble que le législateur ait recouru à la formule de la formation ou du groupe, intermédiaire entre l'accusé et l'organisation déclarée criminelle, comme à un frein destiné à limiter dans une certaine mesure le pouvoir d'appréciation du juge. On a probablement voulu éviter de cette manière que des condamnations ne soient prononcées en série contre des individus qui n'auraient eu avec les auteurs des crimes poursuivis d'autre lien que l'appartenance à la même organisation. Au cours de la discussion du projet de loi en seconde lecture, le rapporteur de la commission de la justice à l'Assemblée nationale a précisé à cet égard : "Il est bien entendu que le texte que vous avez voté en première lecture ne vise à poursuivre devant le tribunal pour crimes de guerre que ceux qui, par une participation personnelle, par

une présence effective se sont rendus coupables de tels crimes".

Comme devait le relever M. Alphonse Denis, l'Assemblée avait donc estimé que la fraction de l'organisation "qui était présente et agissante" devait être considérée comme englobée dans la culpabilité (1). Selon ces vues, les éléments de présence et d'action devaient donc servir de critères aux tribunaux pour apprécier l'étendue de la notion de formation ou de groupe auquel l'accusé devait appartenir en premier lieu pour que la présomption de culpabilité puisse s'appliquer. Ainsi, ne retiendra-t-on pas sous le coup de la présomption de culpabilité individuelle celui des membres du groupe incriminé qui se trouvait par hypothèse en permission, ou à l'infirmerie le jour où le crime collectif a été commis.

La jurisprudence n'est pas suffisamment abondante pour qu'il soit possible de donner des indications sur la pratique suivie par les tribunaux. L'inculpation en vertu de la loi du 15 septembre 1948 résultait, la plupart du temps, de l'incrimination d'une unité considérée comme responsable du crime - ainsi la 3ème compagnie du régiment "Der Führer de la 2ème Division SS. "Das Reich", pour le massacre d'Oradour - et de l'identification des individus figurant sur les contrôles de l'unité au moment des faits. Les ordonnances de non-lieu qui ont pu être rendues au cours de l'instruction résultaient donc de la preuve d'une absence en permission, de l'hospitalisation ou du fait d'être resté au cantonnement le jour de l'action. Si bien qu'à l'issue des enquêtes préliminaires, seuls les individus dont la présence effective sur les lieux du crime n'était pas contestée se voyaient soumis à la présomption de culpabilité.

Mais s'il est relativement aisé d'établir la présence ou l'absence des divers membres du groupe, il faut craindre en revanche que le critère tiré de l'action personnelle des membres présents ne soit d'un médiocre secours pour éclairer les juges sur les diverses culpabilités individuelles. En effet, c'est précisément parce que l'action collective est indivisible, c'est-à-dire parce qu'il est impossible de distinguer des actes individuels que le législateur de 1948 a cru bon de recourir à la culpabilité objective et collective.

Théoriquement, la présomption de culpabilité peut viser des individus membres de la formation ou du groupe faisant partie de l'organisation et présente sur les lieux au moment du crime, mais qui par hypothèse n'ont pris aucune part à l'action criminelle collective imputée à leur unité. Tel serait le cas d'accusés qui n'auraient pas réussi à faire la preuve de leur non-participation au crime. C'est, sans doute la conséquence la plus ini-

1) Assemblée Nationale - Annales - Débats - 1ère législature - Vol. 20, 1948, Session IX, p. 6316.

que de la loi du 15 septembre 1948 qui permet de condamner un individu pour un crime qu'il n'a pas commis. Par définition, la présomption tire sa conclusion d'un raisonnement abstrait et non d'une preuve directe. Elle tient son caractère substantiel de la responsabilité pénale collective qu'elle postule (1). Elle ne donne, par conséquent, aucune sûreté quelconque à l'accusé, qui n'est plus protégé par les règles fondamentales qui gouvernent la procédure pénale, soit notamment par le principe cardinal de la responsabilité individuelle.

Le cas des supérieurs hiérarchiques présents, mais non agissants, ne présente, en revanche, pas de difficulté. Leur présence est une caution pour les exécutants, elle est une forme de participation. Ils seront retenus soit comme co-auteurs, soit comme complices de leurs subordonnés. Mais, lorsque le supérieur n'est ni présent, ni agissant, il ne saurait être retenu à titre de complice, pour autant cependant qu'il n'ait pas "organisé ou toléré" le crime collectif, ainsi qu'il est prévu à l'art. 4 de l'ordonnance du 28 août 1944 (2).

b) Si la Cour de cassation a donné une interprétation très large du jugement de Nuremberg, en admettant que les déclarations de criminalité collective visent implicitement l'organisation comme telle, elle a néanmoins cherché à éviter que les tribunaux militaires ne dépassent les limites fixées par le tribunal militaire international dans la désignation de ces organisations. Elle a donc maintenu les exclusions de catégories de membres prévues par la première partie du dispositif de chaque déclaration.

C'est ainsi que la Cour suprême a jugé que l'affirmation suivant laquelle les prévenus relevaient du service local de la Gestapo était insuffisante, car "... la loi de 1948, d'application stricte, ne saurait être étendue par analogie à des cas autres que celui qu'elle vise et définit expressément". La Chambre d'accusation doit donc s'expliquer sur l'appartenance des prévenus "à l'un des organismes limitativement déclarés criminels par le tribunal militaire de Nuremberg sous la dénomination de "Gestapo et S.D." (3).

La Cour a jugé, d'autre part, qu' "à l'égard des ... crimes imputables à l'action collective de formations autres que celles visées par ladite loi (non déclarées criminelles), ou commis par les accusés individuellement et de leur propre initiative,

-
- 1) Note Donnedieu de Vabres sous Cass. crim., 3.6.50 ; Hauck (Ascq), D.J., 1950, 521 ;
 - 2) Cf. ci-dessus, p. 320 ;
 - 3) Cass. 3.8.50 ; Iser et Graef, B. 231 ; 4.1.51, B. 11 ; et Cass. 15.12.50 ; Schiffner ; 8.2.51 ; Stoetz - Cf. Patin, op. cit.

l'accusation ne peut être légalement faite que d'après le droit commun" (Cass. crim., 15.12.50 ; Schiffner ; dans le même sens : 4.1.51, Bartelmus ; 24.1.51 ; Jöckel).

Ainsi, les crimes imputables à des formations qui ont, par exemple, été exclues des déclarations de criminalité prononcées par le tribunal militaire international, telle la police de protection des frontières ou la sûreté aux armées dans le cas de la Gestapo et du S.D., ne tombent pas sous le coup de la loi de 1948. On observera néanmoins que, lorsque la Cour entend leur appliquer le seul droit commun, elle y inclut l'ordonnance du 28 août 1944, dont le caractère exceptionnel est pourtant difficilement contestable.

En excluant également les crimes commis individuellement et de leur propre initiative par les accusés membres d'organisations déclarées criminelles, la Cour de cassation paraît avoir voulu donner une interprétation restrictive de l'art. 2 de la loi du 15 septembre 1948 qui étendait la présomption de culpabilité aux délits connexes et prévoyait pourtant expressément que les crimes de guerre "commis dans une même région, même isolément ou de leur propre initiative" étaient imputables à l'action collective du groupe envisagé, lorsqu'ils constituaient "les éléments d'une action d'ensemble". La Cour a ainsi manifesté une certaine tendance à limiter les effets de la loi de 1948 dont la portée eût été sans cela beaucoup plus considérable.

IV.- LA DOUBLE PREUVE LIBERATOIRE

La présomption de culpabilité de la Loi du 15.9.48 est subordonnée aux deux éléments qui viennent d'être examinés : le crime collectif et l'appartenance à une organisation déclarée criminelle. La Loi prévoit néanmoins que les accusés peuvent y échapper s'ils apportent la preuve "de leur incorporation forcée et de leur non-participation au crime".

L'examen des travaux préparatoires montre que le projet initial n'avait qu'entrouvert cette porte de sortie, de crainte qu'une preuve libératoire trop facile à établir n'assure en définitive l'impunité de la plupart des individus que la loi se proposait d'atteindre.

Mais les débats qui eurent lieu devant les deux Assemblées devaient faire reconnaître qu'en exigeant la preuve d'une opposition active de l'accusé à l'accomplissement du crime collectif, le projet gouvernemental donnait, en fait, à la présomption de culpabilité un caractère irréfragable. Comment demander, par exemple, à un simple soldat, non seulement un refus d'obéissance, mais encore un acte de rébellion caractérisé ? Il est clair qu'un tel comportement serait sanctionné de mort en

temps de guerre. Le législateur n'a pas voulu aller jusque là.

Le rapporteur du projet à l'Assemblée Nationale avait alors remplacé purement et simplement la preuve de l'opposition active par celle de l'incorporation forcée, en pensant principalement aux Alsaciens-Lorrains incorporés de force dans l'armée allemande qui se trouvaient impliqués dans l'affaire d'Oradour. Mais le Conseil de la République avait dénoncé dans cet amendement au texte du gouvernement une exception "dont les résultats seraient fatals à la majorité des poursuites", 80 % des instances en cours devant avorter si le texte amendé par l'Assemblée Nationale était maintenu. La preuve de l'incorporation forcée était remplacée par la preuve de la non-participation au crime collectif, c'est-à-dire par la notion du projet gouvernemental formulée d'une manière négative.

L'Assemblée a certainement été impressionnée par l'argument tiré du risque de voir échapper la plus grande partie des SS. et des membres de la Gestapo au châtiment de leurs crimes si la preuve de l'incorporation forcée adoptée en première lecture était maintenue seule. Théoriquement, elle pouvait ou bien se ranger à l'avis du Conseil de la République en acceptant de substituer la preuve de la non-participation au crime, ou bien maintenir son propre texte en réservant la seule preuve de l'incorporation forcée. Elle pouvait encore retenir les deux preuves en permettant à l'accusé de se libérer de la présomption légale en faisant la démonstration, soit de l'une, soit de l'autre, comme l'avait proposé l'amendement Wasmer (1). La Constitution s'opposait à la solution du cumul des deux obligations, à laquelle elle s'est finalement arrêtée, car le Conseil de la République ne l'avait pas prévu et n'en avait pas été saisi (2).

En passant outre et en adoptant la solution de la double-preuve, l'Assemblée Nationale a montré son désir de garder tout son tranchant à l'arme redoutable que le gouvernement lui demandait de mettre dans la main des juges. L'obligation d'établir la non-participation au crime était pratiquement tout effet à la preuve de l'incorporation forcée.

C'est néanmoins aux difficultés créées par cette contre-preuve qu'il convient d'attribuer la plus grande partie des arrêts de cassation, des renvois et, par conséquent, des retards subis par la procédure.

Dans la plupart des cas, les dossiers avaient déjà été instruits sur la base de l'Ordonnance du 28 août 1944 et les juges d'instruction se sont bornés à notifier aux prévenus intéressés qu'il leur serait désormais fait application de la Loi du 15.9.48, conformément aux ordres d'informer supplémentaires qui avaient

1) Cf. ci-dessus ; p. 403 ;

2) J.O.- Débats parlementaires - Assemblée Nationale - 1953.Séance du 27 janvier 1953, p. 470.

été délivrés entre temps. Etant donné qu'il appartenait aux juges du fond de constater l'existence du crime collectif et de l'appartenance des accusés à l'organisation déclarée criminelle et que tous les moyens de preuve avaient déjà été enregistrés sur ces deux points, l'inculpation en vertu de la Loi de 1948 devait donner lieu à un supplément d'enquêtes portant exclusivement sur la double-preuve libératoire. Les inculpés étaient donc invités à présenter aux magistrats instructeurs les moyens qu'ils étaient en mesure de faire valoir pour établir leur incorporation forcée et, si possible, leur non-participation au crime collectif.

Ainsi qu'on l'a déjà indiqué plus haut, la présence de 14 inculpés alsaciens, donc français, parmi les individus impliqués dans l'affaire d'Oradour, a eu pour effet de prolonger encore cette phase des enquêtes préliminaires, étant donné les divergences d'interprétation qui se sont manifestées entre les juridictions d'instruction et la Cour de Cassation (1). Le magistrat instructeur ayant estimé - comme la Chambre d'accusation de Bordeaux - que la présomption de culpabilité s'appliquait aux seuls allemands, un complément d'information a été nécessaire lorsque la Cour suprême, saisie sur pourvoi, s'est prononcée en sens contraire. En effet, il fallait dès lors que, après les allemands, les français, eux aussi, soient informés du droit que leur reconnaît la loi de 1948 de débattre la double preuve libératoire de l'art. 1er et que, par conséquent, le juge instructeur leur donne "à la fois le temps et les moyens d'en rassembler, s'il y a lieu, les éléments" (2).

La Cour de cassation a sans doute voulu éviter que la mise en oeuvre de la Loi de 1948 ne soit assimilée à une simple formalité. L'obligation imposée aux magistrats instructeurs de donner un avertissement et d'impartir aux inculpés un certain délai pour tenter d'établir la contrainte qu'ils avaient subie et, si possible, un alibi était destinée à donner plein effet au mécanisme de la preuve libératoire.

Comme il fallait le prévoir, les certificats établissant l'incorporation d'office affluèrent dans les cabinets d'instruction. Etant donné les pertes subies par les armées allemandes sur le front russe, la plus grande partie des effectifs qui restaient en ligne en 1944, c'est-à-dire au moment où la plupart des crimes de guerre ont été commis, étaient composés d'individus récupérés dans d'autres unités et affectés "pour le service d'urgence" (notdienstverpflichtet). Il n'est probablement pas exagéré de dire que les 3/4 des accusés allemands ont réussi à produire des duplicata des décrets qui les affectaient jusqu'à nouvel ordre, soit aux SS., soit au S.D.

1) Voir ci-dessus, p. 414 ;

2) Cass. cr., 3.8.50 ; Oradour, B. 231.

Mais la seconde preuve qui leur était imposée ne permet pas de dire dans quelle mesure celle de l'incorporation forcée a pu être admise à l'instruction, puisqu'elle en neutralisait pratiquement tous les effets.

Car la Loi de 1948 demandait aussi à l'accusé de faire la preuve de son innocence, accentuant d'une manière significative le poids de la présomption de culpabilité. Elle réclamait la preuve d'un fait négatif, la "probatio diabolica" par excellence qui ne laissait pratiquement que deux possibilités à l'accusé : celle d'établir que le crime ne s'était pas produit ou celle de fournir un alibi. Cette preuve paraît avoir été rarement rapportée.

On notera d'ailleurs que même si, par exemple, un SS. convaincu d'avoir appartenu à la formation incriminée parvenait à prouver qu'il se trouvait à plusieurs centaines de kilomètres du lieu où le crime collectif avait été commis, ce qui excluerait évidemment sa participation, la présomption de culpabilité individuelle pourrait lui être appliquée s'il ne parvenait pas à établir en même temps son incorporation forcée. La neutralisation des deux preuves est donc réciproque.

Un SS. volontaire peut être condamné pour les crimes commis par la formation dont il dépend, même s'il prouve sa non-participation à ces crimes. De même, un SS. incorporé de force peut être poursuivi personnellement pour les crimes commis par l'unité dont il dépend, à moins qu'il ne fasse la preuve qu'il est étranger à ces crimes (1).

1) J.O. - Débats parlementaires - Assemblée Nationale - 1953 - séance du 27 janvier, p. 470.

On a dit que la loi de 1948 était contraire à la Constitution de 1946, aussi bien en droit interne qu'en droit externe (1).

En effet, le Garde des Sceaux a démontré, en exposant les raisons pour lesquelles il convenait d'adopter la loi d'abrogation du 30 janvier 1953, que la loi de 1948 heurtait la Constitution de deux manières différentes :

I.- L'inconstitutionnalité interne.-

La loi constitutionnelle prévoit à son art. 20 que "si le Conseil de la République modifie un projet de loi que lui a transmis, après l'avoir voté, l'Assemblée Nationale, cette dernière n'a plus que le droit de revenir à son propre texte ou d'adopter en tout ou partie le texte du Conseil de la République". Et le Ministre de la Justice ajoute "c'est un dilemme, une alternative à laquelle l'Assemblée ne peut pas échapper".

Le Conseil de la République ayant substitué la notion de la non-participation au crime à celle de l'incorporation forcée adoptée par l'Assemblée en première lecture, les députés étaient placés devant le choix suivant : ou bien repousser le texte adopté par les sénateurs et revenir à l'incorporation forcée, ou bien abandonner la notion d'incorporation forcée et adopter en tout ou partie la formule de la non-participation au crime introduite par le Conseil de la République. En réalité, l'Assemblée a choisi une troisième solution à laquelle la Constitution s'opposait, puisqu'elle a cumulé les deux preuves libératoires dans le texte définitif. Il semble qu'elle ne pouvait pas davantage les rendre alternatives en remplaçant le mot "et" par "ou" comme le proposait l'amendement Wasmer (2) puisqu'elle aurait ainsi consacré une solution sur laquelle le Conseil de la République n'aurait pas été en mesure de se prononcer.

1) J.O. - Débats parlementaires - Conseil de la République - 1953, p. 265 ;

2) Cf. ci-dessus, p. 403.

II- L'inconstitutionnalité externe.-

La loi de 1948 est encore contraire à plusieurs principes dont le droit international a reconnu le caractère obligatoire.

Elle institue tout d'abord un postulat de responsabilité collective qui va à l'encontre, non seulement du jugement de Nuremberg qui a expressément maintenu le principe de la responsabilité individuelle, mais encore de la Convention de Genève du 12 août 1949 sur la protection des personnes civiles, selon laquelle "aucune personne protégée ne peut être punie pour une infraction qu'elle n'a pas commise personnellement", et qui proscriit les peines collectives et les représailles (1). Le paragraphe précédent a déjà fourni plusieurs occasions d'examiner les critiques que suscite le texte de 1948 et il n'y a donc pas lieu d'y revenir(2).

En créant une présomption de culpabilité individuelle, la loi méconnaît en outre la présomption d'innocence, dont tout accusé doit bénéficier jusqu'à preuve du contraire, ainsi que le prévoit la Déclaration universelle des Droits de l'Homme.

Enfin, et contrairement à cette même Déclaration, elle innove, puisqu'elle intervient à titre rétroactif (3).

Or, la Constitution de 1946 prévoit à ses art. 26 et 28 que les traités diplomatiques ont force de loi, même s'ils sont contraires à des lois françaises, ce qui leur confère "une autorité supérieure à celle des lois internes".

Il suit de là qu'entre un traité international et une loi interne qui lui serait contraire, le juge doit faire un choix dont le sens lui est clairement tracé par les dispositions constitutionnelles qui viennent d'être citées. L'alinéa 14 du Préambule de cette même Constitution ne laisse d'ailleurs là-dessus aucune place au doute : "La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit international". Au reste, la primauté du droit international sur le droit interne selon la Constitution de 1946 est consacrée par une jurisprudence constante (Crim. 6.2.47, 29.7.48 D. 1949, p. 193 et note H. Donnedieu de Vabres ; 20.7.48, S., 1950, I, 37, note Durrenberger ; Ch. réunies, 1.8.49, D., 1950, p. 241).

Mais la question qui se pose est de savoir si les déclarations de criminalité collective prononcées par le Tribunal Militaire international, d'une part, et les principes fondamentaux (présomption d'innocence, non-rétroactivité de la loi pénale), qui figurent dans la Déclaration des droits de l'homme, d'autre part, ont réellement une valeur équivalente à celle des traités inter-

1) Art. 33 ;

2) Cf. ci-dessus , p. 409 ;

3) Cf. ci-dessus, p. 91.

nationaux ou si le législateur français était libre de les adopter ou de les rejeter comme bon lui semblait.

Il convient, pour plus de clarté, de traiter séparément ces deux cas.

a) La force obligatoire du jugement de Nuremberg.

On a déjà vu que le conflit entre les déclarations de criminalité collectives prononcées par le tribunal militaire international et la loi du 15 septembre 1948 était lui-même contesté (1).

Selon la Cour de cassation, les déclarations de criminalité collective impliquent nécessairement la reconnaissance du caractère criminel de l'organisation comme telle, quelles que soient les réserves exprimées en faveur des adhérents de bonne foi. En sorte que le législateur français qui avait tenu compte de ces réserves en permettant aux adhérents non-volontaires et qui n'avaient pas pris part au crime d'échapper à la présomption, n'a, selon l'avis de la Cour "pas dénaturé les déclarations de criminalité exprimées par ce tribunal et ne s'est pas mis en conflit avec les conclusions formulées dans son jugement". (Cass. crim., 3.8.50 ; Oradour, B. 231).

En revanche, plusieurs auteurs sont de l'avis opposé et soutiennent que le renversement du fardeau de la preuve et l'institution d'une présomption de culpabilité sont inconciliables avec des déclarations de criminalité collective. Les réserves insérées dans le dispositif de ces déclarations ont précisément pour effet d'en limiter les conséquences et non de les étendre à l'organisation tout entière. En outre, le tribunal a marqué à plusieurs reprises son intention d'éviter des condamnations automatiques.

Cette controverse a trouvé sa solution dans le vote de la loi du 30 janvier 1953. En abrogeant les art. 1er et 2 de la loi du 15 septembre 1948, le Parlement a reconnu que ces dispositions n'étaient pas conformes au jugement de Nuremberg. Il est donc inutile de revenir ici sur cet aspect du problème. On se bornera à examiner dans quelle mesure le législateur était contraint de s'incliner devant les principes dégagés par le tribunal militaire international. Devait-il en tenir compte à l'égal d'un véritable traité diplomatique, ou pouvait-il légiférer dans ce domaine d'une manière complètement autonome ?

La Cour de cassation avait laissé cette question ouverte dans l'aff. d'Ascq (2). Dans celle d'Oradour, en revanche, elle avait proclamé le pouvoir souverain du législateur français sur la détermination des éléments de l'incrimination. "Il appartient à la Nation française, ajoutait-elle, ensuite des déclara-

1) Cf. ci-dessus , p. 432 ;

2) Cass. crim., 3.6.50 ; Hauck (D.J. 1950, p. 521).

tions des gouvernements alliés des 25 novembre 1941, 13 janvier 1942 et 30 décembre 1943, qui ont fait du châtimement des crimes de guerre un des buts essentiels de la guerre, d'assurer par ses tribunaux et selon les règles de son droit, la répression de ceux de ces crimes qui ont été commis, soit sur le territoire français, soit à l'encontre des nationaux ou protégés français".

Cependant, on ne saurait contester que si la France est liée par l'Accord de Londres du 8 août 1945 et le Statut du Tribunal Militaire International qui s'y trouve annexé, la force obligatoire de ces dispositions conventionnelles s'étend également au jugement qui leur fait suite. Dans ces conditions, d'où le législateur français pourrait-il tirer un pouvoir de qualification autonome en présence de textes qui ont la valeur de traités internationaux, puisque les signataires de l'Accord de Londres se sont, par avance, engagés à appliquer le jugement de Nuremberg ? (1). Ainsi, et comme le relevait le Prof. Donnedieu de Vabres, dans une note sous l'arrêt du 3 août 1950, cité plus haut, "La cour affirme implicitement le droit, pour le législateur français, d'imposer dans le ressort de la juridiction française, son interprétation propre des traités, même contraire à la volonté de leurs auteurs" (D. 1950, p. 701). Pourtant, la référence faite par la Loi de 1948 au jugement de Nuremberg devait impliquer une adoption de ses conclusions. Les déclarations collectives de criminalité sont indivisibles et le législateur français n'était évidemment pas autorisé à prendre ce qui servait ses desseins et à rejeter ce qui pouvait les gêner (2).

b) La Déclaration des Droits de l'Homme.

La Loi de 1948 heurte deux des principes essentiels inscrits dans la Déclaration du 10 décembre 1948 (3).

La présomption de culpabilité est contraire tout d'abord à la présomption d'innocence qui fait l'objet de l'art. 11: al. 1.

"1.- Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public, où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées" ;

On trouve là, il est vrai, une des expressions les plus manifestes des tendances libérales qui s'étaient fait jour au lendemain de la Révolution de 1789, par réaction contre le despotisme de l'Ancien Régime. Ces garanties n'ont cessé de se développer et de se préciser et la lecture des codes modernes d'instruction

1) Cass. crim. 3.6.50 ; Hauck - Rapport de M. le cons. Pépy, D.J. 1950, p. 521 ;

2) History of the U.N. War Crimes commission, London, 1948 ; p. 327-8 ;

3) J.O. du 19.2.49.

criminelle révèle un réseau serré de règles dont l'objet paraît être notamment de protéger l'accusé contre l'arbitraire de ses juges. En réalité, ces juges sont devenus les représentants de la collectivité et non d'une oligarchie et on peut se demander si, en présence d'arbitres et non plus d'accusateurs, le principe suivant lequel l'accusé doit être présumé innocent ne revêt pas le caractère d'une fiction qui a perdu à la fois sa nécessité et sa raison d'être. Il peut sembler paradoxal, en effet, qu'au milieu d'un système où tout concourt à confondre l'accusé, tous les droits qui lui sont accordés tendent en même temps à le blanchir.

Mais si de telles considérations sont peut-être valables lorsque seule l'application du droit commun est en cause, il n'en va certes pas de même pour les violations du droit de la guerre. Dans ce dernier cas, l'existence même du crime est subordonnée à des règles par trop embryonnaires pour qu'on puisse négliger des garanties comme la présomption d'innocence qui seraient peut-être superflues dans un stade plus évolué du droit international, mais qui sont indispensables dans la répression des crimes de guerre telle qu'elle a été organisée après la guerre de 1949-1945.

Tant que les juges seront exclusivement du côté des vainqueurs et que les accusés seront appelés à répondre de leur conduite en vertu d'un droit qui leur est étranger, des règles comme celle de l'art. 11, ch. 1, de la Déclaration des Droits de l'Homme ne seront pas inutiles.

C'est ce que le juge américain Powers reconnaissait dans le procès de la Wilhelmstrasse en déclarant :

"Tous les signes particuliers d'une culpabilité personnelle de l'accusé doivent être prouvés de façon à être hors d'un doute raisonnable. Cela veut dire que l'accusé doit être considéré comme innocent jusqu'à la preuve du contraire et que cette présomption doit être maintenue en sa faveur pendant toute l'audience..." (1).

Cependant, il est clair que la Déclaration des Droits de l'Homme n'a pas par elle-même de valeur obligatoire. Comme son titre l'indique, elle n'est que déclarative". Elle ouvre la porte aux conventions futures, dont elle pose les principes, mais qui seules font naître des obligations" (2).

-
- 1) R. de La Pradelle "L'affaire d'Ascq", op. cit. ;
 - 2) H. Donnedieu de Vabres note sous Cass. cr. 3.8.50 ; Oradour, D.J. 1950, p. 521 - voir aussi Cass. cr. 21.4.50 ; Paarmann - rapport de M. le cons. Pépy, D.J. 1950, p. 314 - comp. A. Jaufret, Revue de sc. crim. et de droit pénal comp. 1949, p. 355. Tribunal Milit. de Metz - jugt du 5.8.49 (L'aff. d'Ascq, op. cit.).

Force est de reconnaître qu'en l'absence de loi ou de traité, le principe de la présomption d'innocence n'a qu'une valeur relative, bien qu'il s'agisse là d'une des principales expressions de la liberté individuelle.

La Loi de 1948 viole également le principe de la non-rétroactivité des lois pénales. Elle est ainsi contraire à l'art. 11 ch. 2, de la Déclaration des Droits de l'Homme :

" 2.- Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis".

L'art. 1er de la Loi de 1948, il est vrai, ne définit pas à proprement parler de crime et on a soutenu qu'il s'agissait là, par conséquent, d'une loi de procédure analogue à l'Ordonnance de 1944. Or, les lois de procédure et spécialement les lois interprétatives qui s'identifient avec les lois interprétées peuvent rétroagir, en sorte que l'art. 4 du Code pénal où figure le principe de la légalité des délits et des peines demeurerait respecté. En effet, la règle de la non-rétroactivité ne s'applique pas aux lois de forme qui doivent être l'objet d'une application immédiate dans les procès en cours (1).

C'est notamment l'opinion exprimée par le Tribunal Militaire de Metz dans l'affaire d'Ascq, selon lequel l'Ordonnance du 28 août 1944 et la Loi du 15 septembre 1948 "se bornent à rappeler des infractions et des peines déjà prévues par le code pénal français" (Jugement incident du 5 août 1949 (2)).

Cependant, s'il est exact qu'elle a pour principal effet de modifier l'administration de la preuve, la Loi de 1948 ne saurait être considérée comme une simple loi de procédure. En réalité, elle bouleverse à ce point la situation de l'inculpé, soumis désormais à une présomption de culpabilité et contraint de faire la preuve de son innocence qu'elle doit au contraire être considérée comme une loi de fond (3).

L'application qui en a été faite milite d'ailleurs en faveur de cette interprétation. Car la loi de 1948 a permis d'inculper des individus du chef d'assassinat, d'incendie volontaire, de pillage ou d'autres crimes, alors que seule la prévention d'appartenance à une association de malfaiteurs avait pu être retenue contre eux jusqu'ici. Les intéressés devenaient ainsi pas-

1) H. Donnedieu de Vabres, Traité, No 1597, p. 912 ;

2) R. de La Pradelle "L'affaire d'Ascq", op. cit., p. 83 ;

3) Cass. cr. 3.6.50 ; Hauck, Rapport de M. le cons. Pépy, D.J., 1950, p. 521.

sibles de la peine de mort et non plus seulement des travaux forcés à temps. On conviendra que leur situation s'en est trouvée singulièrement modifiée et non pas seulement dans le sens d'un changement du mode d'administration de la preuve.

Les observations formulées plus haut sur l'absence de force obligatoire de la Déclaration des Droits de l'Homme sont également valables ici. Il s'y ajoute cependant le fait que le principe "Nullum crimen, nulla poena sine lege" est exprimé dans un texte de loi, auquel toute loi postérieure peut évidemment déroger puisqu'il ne s'agit pas d'un principe constitutionnel.

Paragr. 4.- Les solutions du problème des crimes de guerre collectifs à l'étranger.

Le problème des crimes de guerre collectifs ne s'est évidemment pas posé en France seulement, aussi paraît-il intéressant de chercher s'il existe à l'étranger des solutions comparables au postulat de responsabilité collective de la loi française.

On peut ranger à cet effet les législations nationales sur les crimes de guerre en deux catégories : le groupe des lois et décrets anglo-saxons, d'une part, et la loi néerlandaise pour les Indes orientales, d'autre part.

I.- Le groupe anglo-saxon.-

On sait que le droit des pays anglo-saxons contient dans ce domaine des notions qui ne trouvent pas leur exact correspondant dans les droits continentaux et en particulier, dans le droit français.

Il en est ainsi du concept de "conspiracy", traduit dans le Statut du tribunal militaire international par "plan concerté ou complot", tant dans la définition des crimes contre la paix (art. 6a) que dans l'incrimination générale stipulant que : "Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan" (art. 6, al. 3) (1).

On observera que, mis à part le cas du crime contre la paix, ni le tribunal de Nuremberg, ni les tribunaux américains d'occupation en Allemagne n'ont considéré que la notion de "conspiracy" doive être traitée comme une infraction spéciale. Dans le procès des juges, le tribunal américain s'est, en particulier, déclaré incompétent pour statuer sur l'accusation de plan concerté en vue de commettre des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité (2).

Néanmoins, les déclarations de criminalité collective en application desquelles les tribunaux nationaux étaient autorisés à traduire les membres des organisations criminelles en raison de leur affiliation aux groupes visés par le jugement, étaient fondées sur la notion de "complot". "Une organisation cri-

1) Procès, T. I, p. 13 ;

2) Law Reports, Vol. VI, p. 5 (Justice Trial).

minelle, a dit le tribunal militaire international, "est analogue à un complot criminel (criminal conspiracy) en ce sens qu'ils impliquent essentiellement des buts criminels" (1).

Le crime d'appartenance tel qu'il résulte du jugement de Nuremberg et la notion de "conspiracy" sont donc très voisines. Cependant, le crime d'appartenance ne suppose pas seulement une entente délictueuse ou un plan commun (2), mais une adhésion consciente et volontaire à une organisation qui a commis réellement des crimes et sur une grande échelle (3).

Il convient de noter à ce propos que la notion large du complot ou "conspiracy" qui est propre au droit britannique, a été réduite par le Tribunal de Nuremberg à celle de plan concerté et "s'identifie avec la notion et même une notion assez étroite de la complicité" (4).

Quoiqu'il en soit, la "conspiracy" suppose un accord de volontés en vue d'un but criminel. Les circonstances dans lesquelles les crimes de masse ont été commis ne paraissent cependant pas avoir permis aux tribunaux britanniques et américains de recourir toujours avec succès à la notion de "conspiracy", telle qu'elle a été interprétée par le Tribunal Militaire International. C'est pourquoi, il a paru nécessaire de fonder les accusations de participation criminelle sur d'autres formules.

On trouve un premier exemple de cette préoccupation dans le Décret royal britannique concernant la répression des crimes de guerre du 14 juin 1945, art. 8 (Regulation 8, al. 2) :

"Lorsqu'il est établi qu'un crime de guerre est le résultat de l'action concertée (concerted action) d'une formation ou d'un groupe d'individus, les preuves rapportées à l'encontre de l'un quelconque des membres de cette formation ou de ce groupe à propos de ce crime, pourront être admises comme présomptions (prima facie evidence) de la responsabilité de chacun des membres de ladite formation ou dudit groupe pour le crime visé dans la poursuite. En pareil cas, tous les membres du groupe ou de l'unité peuvent être jugés ensemble et le Tribunal déclarera irrecevables les demandes de disjonction dont elle pourrait être saisie" (5).

Les lois canadienne, (art. 10, al. 3), australienne

1) Procès, T.I., p. 270 ;

2) Comp. Loi No 10, art. II, la (J.O. du Conseil de contrôle en Allemagne, No 3 du 31.1.46, p. 50-55) ;

3) Law Reports, Vol. XV. p. 99 ;

4) H. Donnedieu de Vabres "Le procès de Nuremberg" (Revue de sc. crim. et de droit pénal comparé, Paris, 1947, No 2, p. 171) ;

5) Law Reports, Vol. XV, p. 92.

(art. 12), américaine pour la Chine (art. 16, litt. d et e) comportent des dispositions analogues (1). Les instructions américaines pour l'Europe d'inspirent des mêmes principes (2).

L'art. 8 du Décret britannique a fait l'objet d'une discussion approfondie lors du procès des camps de concentration de Belsen-Bergen et d'Auschwitz (The Belsen Trial) (3). Mais comme les accusés étaient poursuivis non seulement pour avoir pris part à une action concertée, mais aussi pour des crimes qu'ils avaient personnellement commis, il n'est pas possible de savoir si, en prononçant des verdicts de culpabilité, le Tribunal militaire britannique de Lunebourg, devant lequel le procès s'est déroulé, a fait application de l'art. 8, et, le cas échéant, dans quelle mesure.

On peut citer cependant, à titre documentaire, les interprétations données de ce texte par les deux parties.

Si la défense a relevé que, d'après l'argumentation de l'accusation, tous les individus qui avaient fait partie de l'état-major de Belsen ou d'Auschwitz pourraient être déclarés automatiquement coupables d'un crime de guerre, les deux parties sont tombées d'accord pour admettre que l'application même de l'art. 8 était subordonnée à la preuve d'une participation consciente de l'accusé à un plan commun en vue du mauvais traitement des prisonniers. Selon l'accusation, si une telle participation venait à être établie, le fait que le rôle de l'accusé était de médiocre importance ou encore, la date tardive de son arrivée au camp ne pourraient servir à le disculper. Le Ministère public soutint, d'autre part, que la preuve d'un plan concerté pouvait être déduite des actes de l'accusé. Une entente délictueuse pouvait être réalisée entre des personnes qui ne s'étaient jamais vues et n'avaient jamais correspondu.

Quoi qu'il en soit, et malgré les références faites par l'accusation à la notion de "conspiracy", l'art. 8 apparaîtrait exclusivement comme une disposition relative à la preuve. Selon M. Brand, commentateur du jugement pour la Commission d'enquête des Nations Unies, seule la responsabilité de chaque membre de l'unité ou du groupe pour le crime demeure en cause. On ne paraît donc pas avoir voulu introduire ici de postulat de responsabilité collective. La preuve déclarée recevable par l'art. 8 n'est rien de plus qu'une "prima facie evidence" (4).

Il convient néanmoins de noter avec M. Brand l'analogie qui existe entre l'art. 8 et le principe du droit criminel anglais suivant lequel, une fois rapportée la preuve d'un

1) Law Reports, Vol. IV, p. 128 ; Vol. V, p. 100 ; Vol. XV, p. 92-3 ; comp. aussi vol. III, p. 100 ;

2) Law Reports, Vol. III, p. 105, XV, p. 93 ;

3) Law Reports, Vol. II, p. 138-141 ;

4) Law Reports, Vol. II, p. 141.

"complot" à l'encontre d'un certain nombre de personnes, toute déposition faite par l'une d'elles se rapportant à des actes commis en exécution d'une intention commune peut être reçue comme preuve contre toutes les autres. Mais cette règle trouve son fondement dans le fait que chacun des membres du "complot" a, en y entrant, accepté tous les autres membres comme ses complices en vue de l'assister pour sa mise à exécution. On ne saurait donc, ajoute M. Brand, admettre sans autre que cette règle du droit criminel britannique a servi de modèle exact à l'art. 8, al. 2.

L'expression d' "intention commune", fournit d'ailleurs un second exemple des formules adoptées par les Tribunaux britanniques et américains en vue d'atteindre les participants à des crimes de guerre.

Bien qu'à première vue très voisine du "complot" (conspiracy), cette notion se caractérise par les éléments suivants, qu'il est possible de tirer du jugement rendu dans l'affaire du camp de concentration de Dachau (Martin Gottfried Weiss et autres, Trib. milit. américain de Dachau - 15.11 / 13. 12.45) (1). Pour que les accusés puissent être poursuivis pour avoir commis des crimes "en exécution d'une intention commune", l'accusation devait établir :

- 1.- l'existence d'une organisation destinée au mauvais traitement des prisonniers et à la commission des crimes visés dans l'accusation ;
- 2.- que chaque accusé avait connaissance de cette organisation ;
- 3.- que chaque accusé avait soutenu cette organisation par son propre comportement.

Il ne suffit donc pas de prouver l'existence d'un simple accord de volontés comme dans le "complot" (conspiracy). Il faut encore faire la preuve des actes commis en exécution de ce plan.

Dans le Jugement du procès des juges "The justice Trial", l'idée, sinon l'expression littérale de l'intention commune, a également été employée par le Tribunal. Il est intéressant de relever "qu'aucun des accusés n'était personnellement prévenu du meurtre ou d'un autre attentat contre une victime particulière. L'accusation ne visait pas des infractions isolées, mais "la participation consciente à une organisation de cruauté et d'injustice dirigée par le gouvernement à l'échelle du pays tout entier, en violation des lois de la guerre et de l'humanité et dont la mise en oeuvre est due à l'autorité du Ministère de la Justice agissant au nom de la loi et par le truchement des tribunaux"(2).

1) Law Reports, Vol. XI, p. 5 ;

2) Law Reports, Vol. VI, p. 3 et 4.; comp. aff. du camp de Flossen-burg, op. cit. Vol. XV, p. 95.

Le Tribunal a déclaré à plusieurs reprises :

"Les conditions qui sont nécessaires pour que la culpabilité d'un accusé soit établie pour les faits retenus dans l'acte d'accusation exigent tout d'abord qu'il ait eu connaissance d'une infraction visée dans l'acte d'accusation et prouvée et, ensuite, qu'il ait été en rapport (connected with) avec la perpétration de cette infraction" (1).

L'accusation d'avoir agi en exécution d'une intention commune place, par conséquent, le Ministère public devant une tâche plus difficile que s'il s'agissait d'un simple plan concerté. L'intérêt de la formule de l' "intention commune" s'explique cependant pour deux raisons :

Dans le cas d'une accusation de plan concerté, l'accusation de - vrait établir l'existence d'un accord de volontés préalable entre les accusés. Les conditions particulières dans lesquelles les crimes avaient été commis dans les camps de concentration rendaient une telle preuve impossible à rapporter, car la plupart des gardiens ou des SS. accusés ne se trouvaient pas sur les lieux des crimes au même moment, ni au même endroit, de plus, ils ne se connaissaient souvent pas entre eux. En revanche, l'accusation d'avoir commis des crimes en exécution d'une intention commune ne suppose pas nécessairement un accord de volontés entre les accusés. Il importe donc peu dans ce second cas que les crimes aient été commis en des lieux ou à des moments différents ou même par des individus qui ne s'étaient jamais vus ni parlé, pourvu que l'accusation rapporte la preuve que chacun d'entre eux avait, en fait, adhéré à l'intention commune de commettre des crimes (2).

D'autre part, si l'accusation a la charge supplémentaire d'établir l'existence d'une intention commune à tous les accusés, elle peut, sitôt cette preuve rapportée, invoquer la règle commune aux droits de plusieurs pays et selon laquelle ceux qui ont participé à une intention commune de commettre un crime qui n'est commis en fait que par un seul d'entre eux, sont tous pleinement responsables en vertu du droit criminel (3).

Le cas des aviateurs britanniques prisonniers de guerre lynchés à Essen est typique. Selon le représentant du Ministère public, chacune des personnes qui, à l'instigation de la foule qui réclamait la mort de ces hommes, s'était livrée à des actes agressifs à l'encontre des trois aviateurs prisonniers de-

-
- 1) Law Reports, Vol. VI, p. 84 ;
 - 2) Tribunal militaire américain de Dachau - aff. du camp de conc. de Flossenbürg (Friedrich Becker et autres - 22.1.47). Law Reports, Vol. XV, p. 95, note 1 ;
 - 3) Law Reports, Vol. XI, p. 68 ; Vol. II, p. 141, note 3 ; Vol. I, p. 40 contra : aff. Krupp, Vol. X, p. 130.

vait être considérée comme coupable, étant impliquée dans l'assassinat. Il était impossible de séparer ces actes d'agression les uns des autres. Pris dans leur ensemble, ils constituaient l'application de ce qu'on a coutume d'appeler la loi du lynch (1).

On trouve des exemples analogues, bien que les formules varient, dans l'aff. Milch (2).

Jusqu'ici, il ne semble pas que le principe de la responsabilité individuelle ait été mis en cause. Qu'il s'agisse d'action concertée ou d'intention commune, ou encore de plan concerté ou complot, la preuve demeure à la charge de l'Accusation et la culpabilité garde son caractère individuel et subjectif, puisque le représentant du ministère public reste tenu d'établir l'existence d'une intention criminelle, c'est-à-dire la volonté de commettre des crimes et la conscience du caractère criminel des actes commis (3).

Le jugement rendu par le tribunal militaire américain qui a statué dans l'affaire du camp de concentration de Mauthausen fait cependant exception (4). En effet, le tribunal devait déclarer dans ses conclusions, en premier lieu, que l'administration même du camp constituait une entreprise criminelle et, en second lieu, que tout officier qui était employé ou simplement présent au camp à n'importe quel moment devait avoir eu connaissance de l'intention commune, c'est-à-dire du caractère criminel de l'entreprise. En conséquence, tout officier impliqué dans la perpétration de cette entreprise criminelle, de quelque manière que ce soit, était considéré comme coupable de violation des lois et coutumes de la guerre. Le tribunal paraît avoir ainsi admis le principe suivant lequel le fait d'être membre de l'état-major d'un camp de concentration entraîne pour l'accusé la présomption d'avoir commis un crime de guerre. Cette présomption n'est pas absolue, il est vrai, puisqu'elle peut être renversée, entre autres, en démontrant que l'accusé n'a appartenu que peu de temps à cet état-major ou encore, qu'il occupait un rang par trop subalterne pour qu'il soit possible d'admettre qu'il ait pris part à l'intention commune.

- 1) Tribunal Militaire britannique d'Essen, 22.12.45 ; Erich Heyer (Essen Lynching case. Law Reports, Vol. I, p. 88-92) ;
- 2) Tribunal Militaire américain de Nuremberg, 17.4.47 ; Erhard Milch (Law Reports, Vol. VII, p. 27-8) ;
- 3) Voir dans le même sens : Tribunal militaire américain de Nuremberg, 30.6.48 ; Alfried Krupp : "... le 6ème principe est une règle de droit pénal qui veut que la loi pénale soit interprétée dans le sens restrictif et que la responsabilité criminelle ne puisse atteindre que les individus ; en droit pénal, toute faute est une faute personnelle ... c'est l'affaire du Ministère public de fournir les preuves susceptibles d'apporter au tribunal la conviction que les accusés sont coupables". (Law Reports, Vol. X, p. 109) ;
- 4) Tribunal du gouvern. milit. amér. Dachau, 13.5.46 (Law Reports Vol. XI, p. 15).

On se trouve là très près des prévisions de la loi du 15 septembre 1948, puisque la simple appartenance à une formation ou à un groupe donné - ici le corps des officiers commandant le camp de concentration, là, les membres de telle unité SS. - est à la base de cette présomption, le nombre des crimes et les circonstances dans lesquelles ils ont été commis ayant amené, d'autre part, le tribunal à conclure qu'aucun des individus présents ne pouvait les avoir ignorés.

II- La loi néerlandaise pour les Indes orientales.-

L'art. 10 du Décret No 45 de 1946 prévoit :

- " 1.- Lorsqu'un crime de guerre est commis dans le cadre des activités d'un groupe de personnes, de telle manière qu'il peut être imputé à ce groupe dans son ensemble, le groupe sera considéré comme l'auteur du crime et des poursuites criminelles seront engagées et des jugements prononcés à l'encontre de tous ses membres.
- " 2.- Sera exempté de toute peine le membre (du groupe) pour lequel il sera prouvé qu'il n'a pris aucune part à la commission du crime de guerre" (1).

Le Décret a probablement été appliqué dans l'aff. Shigeri Motomura par la Cour martiale néerlandaise de Macassar (Célèbes), mais il est impossible de savoir dans quelle mesure l'art. 10 a entraîné la condamnation des accusés, poursuivis en qualité de membres d'une unité de la police navale japonaise pour arrestations illégales et terrorisme systématique (torture et mauvais traitements (2)).

Ce texte, qui paraît très proche de la loi française du 15 septembre 1948, appelle plusieurs observations.

On constatera, tout d'abord, qu'il vise les crimes collectifs dans leur ensemble, mais sans faire comme la loi française de référence aux déclarations de criminalité collective du jugement de Nuremberg. Ainsi, le législateur néerlandais a réuni en une seule les deux étapes prévues par le Statut de Londres du 8 août 1945. Au lieu de limiter la présomption de culpabilité individuelle aux seuls membres d'organisations dont le caractère criminel a fait l'objet d'un jugement déclaratif, prononcé par une juridiction internationale, il entend viser tous les crimes de guerre collectifs, quelle que soit la qualité de leurs auteurs, en quoi il est peut-être plus logique que le législateur français. Seules les circonstances dans lesquelles le crime ou l'ensemble indivisible de crimes ont été commis sont ici relevantes. Il importe peu de savoir à quelle unité ou à quelle formation le groupe incriminé pouvait appartenir. Il est vrai que le jugement de

1) Law Reports, Vol. XV, p. 154 ;

2) Law Reports, Vol. XIII, p. 140.

Nuremberg n'était valable que pour les organisations criminelles allemandes. Le tribunal militaire international qui a siégé à Tokio ne paraît pas avoir prononcé des déclarations de criminalité collective à l'encontre de groupements ou de formations japonaises comparables aux organisations nationales-socialistes. Cependant, il convient de noter que la loi néerlandaise pour les Indes orientales n'a fait que suivre sur ce point l'exemple des textes anglais, australien, canadien et américain, dont l'application n'était pas limitée aux seuls ressortissants japonais.

La loi néerlandaise précitée fait pourtant un pas de plus que les décrets et ordonnances du groupe anglo-saxon. Elle considère, en effet, la formation comme l'auteur du crime collectif, ce qui revient à considérer tous ses membres comme co-auteurs, sans qu'aucune charge personnelle ait été rapportée contre aucun d'eux. En revanche, l'art. 8 du Décret britannique exigeait comme une condition préalable de son application que des preuves personnelles soient rapportées à l'encontre d'un de ses membres. Et même, si cette preuve était rapportée, le tribunal ne pourrait en tirer à l'égard des autres accusés qu'une simple présomption de fait (*prima facie evidence*). En d'autres termes, la loi néerlandaise contient un postulat de responsabilité objective et collective dont elle tire une présomption de culpabilité individuelle à l'égard de chacun des accusés, c'est-à-dire une présomption de droit qui ne figure pas dans la loi anglaise où, selon l'interprétation de la plupart des tribunaux, la preuve de l'élément intentionnel demeure à la charge de l'accusation.

Le Décret No 45 réserve, il est vrai, la preuve contraire puisqu'il prévoit le cas où la non-participation au crime est établie. Mais il ne dit pas s'il appartient à l'accusé de faire la preuve de son innocence ou si ce soin est laissé à l'accusation. S'agissant d'un fait négatif - comme dans la loi française de 1948 - dont la démonstration sera toujours particulièrement difficile à faire, on est en droit de penser que la présomption légale de l'art. 10 du décret néerlandais revêt un caractère quasi-absolu. A tout le moins, le pouvoir d'appréciation laissé au tribunal semble discrétionnaire (1).

- 1) Comp. le droit soviétique où l'appartenance à une organisation criminelle est un crime punissable de la même peine que celle qui est prévue pour les crimes qui forment le but de l'organisation : "Les membres subalternes de n'importe quelle bande ou organisation criminels sont responsables de tous les crimes qui ont été commis par la communauté criminelle en question, si, en leur qualité de membres conscients de cette bande ou de cette organisation, il entrait dans leur dessein de commettre de tels crimes... mais sans égard au fait qu'ils aient ou non pris part matériellement à des crimes ou connu leurs auteurs..." (Menschagine-Gergenon, Droit pénal, Partie Générale - Institut fédéral de sciences juridiques, 4ème éd. Moscou, 1948, p. 423) cité par R. Maurach, Die Kriegsverbrecherprozesse gegen deutsche Gefangene in der Sowjetunion, Hamburg, 1950, p. 44-5.

I.- LA SITUATION DES RESSORTISSANTS FRANCAIS
CO-AUTEURS OU COMPLICES DE CRIMES DE GUERRE

On a déjà montré plus haut de quelle manière l'art. 3 de la loi de 1948 avait donné aux représentants de l'accusation la faculté d'attirer les ressortissants français devant les tribunaux militaires pour crimes de guerre et quelles divergences d'interprétation s'étaient fait jour au cours de l'information préalable de l'affaire d'Oradour sur l'application ou la non-application du principe de la responsabilité collective aux personnes visées par cet art. 3 (1).

Il suffira donc de rappeler ici qu'en dépit de la généralité de ses termes, la loi de 1948 était en réalité destinée presque exclusivement à permettre l'aboutissement des poursuites engagées à la suite du massacre d'Oradour. Au caractère indivisible du crime collectif s'ajoutait cependant une difficulté supplémentaire du fait de la présence de 14 Alsaciens-Lorrains incorporés de force dans les forces armées allemandes. L'Ordonnance de 1944 (art. 1er) ne visant que "les nationaux ennemis ou agents non-français...", l'art. 3 de la Loi de 1948 était destiné à permettre d'englober les français dans les poursuites ouvertes contre les 8 allemands qui avaient pu être identifiés comme faisant partie de l'unité de SS. reconnue collectivement responsable du crime.

La Cour de cassation ayant décidé que la présomption de culpabilité des art. 1 et 2 de la loi de 1948 devait s'appliquer aussi bien aux français qu'aux allemands, les uns et les autres ont été successivement invités à tenter de rapporter la double preuve libératoire de l'incorporation forcée et de la non-participation au crime. Ce faisant, la Cour a introduit dans le système répressif une égalité de traitement que la loi ne contenait pas. L'ordonnance de 1944 ne visait pratiquement que les ressortissants ennemis et bien loin d'étendre le champ d'application "ratione personae" de son article 1er, le législateur de 1948 s'est borné à prévoir que les français "personnellement co-auteurs ou complices d'un crime de guerre" pourraient être "compris dans les poursuites", et cela seulement "lorsque l'instance est contradictoire à l'égard d'un au moins des autres accusés". Il n'était donc pas question, à s'en tenir à la lettre de l'art. 3, de poursuivre des français sans que des allemands le soient en même temps. L'adverbe "personnellement" pouvait, en outre, faire croire

1) Voir ci-dessus, p. 414.

qu'on entendait conserver pour les français les règles de droit commun dont on suspendait l'application pour les allemands.

En dépit du caractère nettement complémentaire que la loi de 1948 a donné à la modification de compétence de l'art. 3, les juges de la Cour de cassation ont estimé - contrairement, semble-t-il, au texte légal, mais avec quelque apparence de logique - que la présomption de l'art. 1er devait peser sur tous les membres de la formation incriminée, quelle que fût leur nationalité.

Cette décision allait soulever à l'ouverture du procès d'Oradour une émotion très vive en Alsace-Lorraine ; si vive que le législateur s'est trouvé contraint - fait sans précédent, - d'intervenir dans le cours du procès et de défaire ce qu'il avait fait cinq ans auparavant. On ne pouvait supporter dans les provinces de l'Est que des français qui avaient déjà été les victimes de la conscription allemande à la suite de l'annexion comparaissent sur les mêmes bancs, et qui plus est, soient entièrement assimilés aux allemands.

Aussi, les défenseurs des accusés alsaciens au procès d'Oradour ont-ils déposé d'entrée de cause des conclusions tendant à obtenir la disjonction, c'est-à-dire le retour à la situation antérieure à l'arrêt de la Cour de cassation, la Chambre d'accusation de Bordeaux, suivant en cela les conclusions du magistrat informateur, ayant rendu des arrêts de renvoi distincts.

"Le recrutement illégal, l'incorporation forcée à laquelle se sont livrés les nazis", ont-ils dit, "a été précisément déclaré crime de guerre". En effet, le Gauleiter a été condamné à mort pour cela (1). On ne saurait donc accuser d'un autre crime de guerre des hommes qui ont été les victimes du premier de ces forfaits. Il n'est pas non plus possible d'assimiler les Alsaciens aux allemands en leur appliquant les art. 1er et 2 de la loi du 15 septembre 1948 qui comportent un renversement du fardeau de la preuve et la négation du principe de la responsabilité individuelle. Et cela, d'autant moins que le seul alsacien volontaire, le sergent Boos, étant poursuivi pour trahison, le droit commun doit lui être appliqué et l'accusation a, par conséquent, la charge d'établir régulièrement sa culpabilité, alors que les 13 incorporés de force se trouvent dans l'obligation de faire la preuve de leur innocence (2).

Ainsi, ce procès comportait-il, depuis le déroulement des faits jusqu'à leur épilogue judiciaire, un enchaînement de circonstances proprement diabolique, chacune des phases de cette procédure extraordinaire ajoutant un surcroît d'injustice à l'horreur du massacre de personnes innocentes.

1) Law Reports, Vol. III, p. 23 ;

2) Le Monde, 14.1.53.

Mais dans son jugement sur incident du 14 janvier, le Tribunal Militaire de Bordeaux a déclaré qu'en l'état des débats, il n'y avait pas lieu de répondre aux conclusions tendant à la disjonction. En effet, même si une telle demande pouvait être déclarée recevable - ce qui paraît douteux, relève le Tribunal, étant donné l'arrêt de la Cour de cassation du 3 août 1950 - le Tribunal ne pourrait statuer sur cette requête en disjonction sans préjuger le fond. Car il ne saurait "s'expliquer sur des conclusions dont la solution relativement à l'incorporation forcée doit virtuellement résulter de la réponse aux questions de culpabilité qui seront posées d'après l'acte d'accusation (1).

En réservant l'examen de cette question après réponse aux questions de culpabilité, le tribunal a réussi à éviter des motifs possibles de cassation, bien qu'il soit douteux qu'il les ait tous écartés. Il semble surtout que les juges aient laissé ainsi au législateur le soin de trouver une solution que la jurisprudence de la Cour de cassation leur interdisait de consacrer tant que la loi n'aurait pas été modifiée. Dans le domaine judiciaire, la situation était devenue sans issue.

II.- LES TRAVAUX PREPARATOIRES DE LA LOI DU 30 JANVIER 1953

Le jugement du 14 janvier devait faire passer le débat sur le terrain parlementaire en provoquant le dépôt de deux propositions de loi identiques, qui visaient toutes deux à une modification de l'art. 1er de la loi du 15 septembre 1948.

Ainsi, la proposition Bapst prévoyait-elle, comme la proposition Kalb, que :

"Lorsqu'un des crimes prévus par l'ordonnance du 28 août 1944 sur la répression des crimes de guerre est imputable à l'action collective d'une formation ou d'un groupe faisant partie d'une organisation déclarée criminelle par le tribunal militaire international agissant en vertu de l'acte du 8 août 1945, tous les individus appartenant à cette formation ou à ce groupe peuvent être considérés comme co-auteurs, à moins qu'ils n'apportent la preuve de leur incorporation forcée.

La présente loi est interprétative" (2).

C'était, mot pour mot, l'alinéa deux excepté, le texte qui avait été adopté quatre ans plus tôt par l'Assemblée nationale au cours des débats en première lecture du projet de la loi du 15 septembre 1948 (3). On se souvient que le Conseil de la République s'était élevé contre la substitution de l'incorporation forcée à l'exigence d'une opposition active, formulée par

1) Le Monde, 15.1.53 ;

2) J.O. Documents parlement.-Assemblée Nat.-Annexes No 5247 et 5258, p. 3475 et 3479 ;

3) Cf. ci-dessus, p. 402.

le projet du gouvernement, affirmant que le texte ainsi amendé par les députés assurerait l'impunité à la plus grande partie des SS. poursuivis (1).

En déclarant à l'alinéa deux que la loi était interprétative, la proposition Bapst voulait en outre parer à l'éventuelle objection qui pourrait être tirée devant le tribunal du principe de la non-rétroactivité des lois pénales, ce qui l'aurait empêchée de sortir ses effets dans le procès d'Oradour en vue duquel elle était précisément déposée. Il est admis que les lois interprétatives rétroagissent, car elles s'identifient avec le texte qu'elles interprètent, mais à la condition que le législateur s'explique clairement sur ce point (2).

La commission de la justice de l'Assemblée nationale devant laquelle les propositions Bapst et Kalb étaient renvoyées a quelque peu modifié leur texte initial en vue de réserver le cas d'Alsaciens volontaires qui auraient refusé de participer aux crimes commis par les formations dont ils faisaient partie. Dans la dernière phrase du texte légal de l'art. 1er - "... à moins qu'ils n'apportent la preuve de leur incorporation forcée et de leur non-participation au crime" - elle a seulement remplacé "et" par "ou". C'est ce que M. Wasmer avait demandé en vain au cours des débats qui avaient précédé l'adoption de la loi de 1948 en seconde lecture (3). Les commissaires ont, en outre, ajouté à l'incorporation forcée la qualification de "contraire aux principes du droit des gens", afin de distinguer le cas des allemands soumis à une conscription obligatoire régulière, de celui des français, incorporés de force, eux aussi, mais dans une armée étrangère, contrairement à l'art. 23, al. 2, de la Convention de la Haye du 18 octobre 1907, relative aux lois et coutumes de la guerre sur terre (4).

En outre, l'art. 3 était profondément modifié.

Selon le texte adopté par la commission, les complices des crimes commis par les individus visés à l'art. 1er seraient renvoyés devant le tribunal militaire qui leur ferait application des dispositions du code pénal et de l'art. 1er de la loi de 1948, mais les français ne pourraient plus être "compris dans les poursuites" engagées contre les allemands.

1) Cf. ci-dessus, p. 402 ;

2) Donnedieu de Vabres, Traité, No 1586, p. 903 ;

3) Cf. ci-dessus, p. 403 ;

4) Il est également interdit à un belligérant de forcer les nationaux de la Partie adverse à prendre part aux opérations de guerre dirigées contre leur pays, même dans le cas où ils auraient été à son service avant le commencement de la guerre. (comp. art. 44, RGT. ; art. 2, ch. 1, de l'ord. du 28 août 1944 ; art. 92 du Code pénal français).

La proposition Bapst-Kalb se présentait donc dans les termes suivants :

"Art. 1er : Les art. 1er et 3 de la loi du 15 septembre 1948 sont ainsi modifiés :

- Art. 1er.- Lorsqu'un des crimes prévus par l'ordonnance du 28 août 1944 sur la répression des crimes de guerre est imputable à l'action collective d'une formation ou d'un groupe faisant partie d'une organisation déclarée criminelle par le tribunal militaire international en vertu de l'acte du 8 août 1945, tous les individus appartenant à cette formation ou à ce groupe peuvent être considérés comme co-auteurs, à moins qu'ils n'apportent la preuve de leur incorporation forcée contrairement au principe du droit des gens ou encore de leur non-participation au crime.

- Art. 3.- Les personnes non-visées à l'art. 1er de l'ordonnance du 28 août 1944 qui sont personnellement co-auteurs ou complices de crimes commis par les individus visés au dit article, seront renvoyées devant le tribunal militaire.

Il leur sera fait application des dispositions du code pénal et notamment des articles visés au second alinéa de l'art. 1er de la susdite ordonnance.

Elles ne pourront être comprises dans les poursuites engagées contre les dits individus".

Dans un deuxième article, la proposition déclarait ces dispositions nouvelles applicables "aux procédures en cours", afin que le Tribunal militaire de Bordeaux pût en tenir compte dans le procès d'Oradour (1).

La commission de la justice n'avait pas voulu aller jusqu'à l'abrogation pure et simple de la loi de 1948 comme le lui avait proposé Me Isorni. Elle a donc maintenu le principe de la présomption de culpabilité individuelle, en se bornant à faire en sorte que les français, dont l'incorporation forcée était évidemment contraire "aux principes du droit des gens", puissent y échapper. Elle a surtout pris soin de dissocier les poursuites dirigées contre les français de celles dont les allemands étaient déjà l'objet. De cette manière, les alsaciens seraient jugés en vertu du droit commun et de l'ordonnance de 1944 et les allemands d'après la loi de 1948 (2).

C'était la consécration d'une demi-mesure, parfaitement insatisfaisante, au moins au point de vue de l'équité, puisqu'on cherchait en fait à soustraire aux conséquences du postulat de responsabilité collective de la loi de 1948, des individus à propos desquels l'accusation s'était heurtée aux mêmes singularités de preuve que pour les allemands. En maintenant la culpabilité objective pour les uns, alors qu'elle la supprimait pour

1) J.O. - Débats parlement. - Assemblée nat. - 1953-28 janv. p.538;
2) J.O. - Documents parlement. - 1953 - Annexe, No 5357.

les autres, la commission de la justice ne brillait ni par le courage, ni par la logique. Très heureusement, l'Assemblée n'a pas partagé sa manière de voir.

Elle a adopté un amendement présenté par MM. Massot et Nigay dans lequel l'art. 1er de la proposition de loi était rédigé de la manière suivante :

"Les art. 1er et 2 de la loi du 15 septembre 1948 sont abrogés.

L'art. 3 de la loi du 15 septembre 1948 est ainsi modifié :

- Art. 3.- Les personnes non-visées à l'art. 1er de l'ordonnance du 28 août 1944 qui sont personnellement co-auteurs ou complices de crimes commis par les individus visés au dit article ou de crimes connexes, seront renvoyées devant le tribunal militaire.

Il leur sera fait application des dispositions du code pénal et notamment des articles visés au second alinéa de l'art. 1er de la susdite ordonnance.

Elles ne pourront être comprises dans les poursuites engagées contre les dits individus. Toutefois, en ce qui concerne les procès dont les débats seraient commencés, la division de la procédure résultant des dispositions ci-dessus aura lieu aussitôt après la clôture de l'instruction publique à l'audience"(1).

Ce langage transparent dissimule mal, sous des formules générales, l'embarras des parlementaires, contraints à une intervention presque sans précédent du législatif dans le judiciaire. Les "procès dont les débats seraient commencés" se résument à la seule affaire d'Oradour dont la double tragédie est évidemment à l'origine de cette regrettable confusion des pouvoirs.

L'amendement Massot est ainsi devenu le texte adopté par l'Assemblée nationale, en lieu et place de la proposition faite par la commission de la justice. Il poursuivait trois buts : le premier était l'abrogation pure et simple de la présomption de culpabilité individuelle, contraire aux principes les plus fondamentaux du procès criminel, répudiant l'esprit comme les méthodes du jugement de Nuremberg et violant par là doublement la Constitution. Il tendait en second lieu à éviter que les ressortissants français accusés de crimes de guerre ou de crimes connexes ne soient traduits devant la Cour d'Assises. Désormais, la juridiction militaire est seule compétente quelle que soit la nationalité de l'inculpé. Enfin, l'amendement prévoyait - comme le texte des commissaires - que français et allemands ne pourraient plus se rencontrer à l'audience. C'est également pourquoi la division de la procédure est admise "dans les procès en cours". Toutefois, il est prévu pour celui d'Oradour, qui avait déjà commencé, que seuls les réquisitoires et les jugements seraient séparés. Ici, la rétroactivité n'était plus possible.

1) J.O. - Débats parlement.- Assemblée nat.- 28 janv.1953, p. 538.

La disjonction était ainsi différée à la clôture de l'instruction publique à l'audience. Un sous-amendement présenté par M. Pflimlin voulait aller cependant plus loin encore et remplacer la deuxième phrase du cinquième alinéa de l'amendement Massot par le texte suivant : "... Dans les procès dont les débats seraient commencés, le renvoi devant le tribunal militaire sera ordonné, s'il y a lieu, par un nouvel arrêt de la chambre des mises en accusation. Tous actes d'instruction accomplis demeurent valables au regard de la présente loi" (1). Sans doute, espérait-on, par ce biais, gagner du temps afin d'obtenir une séparation plus complète encore des deux catégories d'accusés. Mais la saisine du tribunal militaire de Bordeaux ne pouvait être modifiée. Il aurait donc fallu, d'après ce texte, que de nouveaux arrêts de renvoi soient prononcés et partant, que tous les interrogatoires et l'audition de tous les témoins soient reprises, une première fois pour les allemands, et une seconde, pour les français, les uns étant en outre chaque fois les témoins des autres. Mis en présence de telles perspectives, M. Pflimlin devait retirer son sous-amendement.

Transmise au Conseil de la République pour avis, la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale fut d'abord soumise à la commission de la justice de ce Conseil.

A la différence de l'Assemblée, la commission sénatoriale avait maintenu le principe de la responsabilité collective, estimant qu'il était impossible de sanctionner l'empiètement du législatif sur le judiciaire consacré par le texte de l'Assemblée. Elle avait, en revanche, admis le principe de procédures distinctes pour les alsaciens et pour les allemands, en adoptant la disposition suivante, élaborée par une sous-commission de six membres :

"Article unique.- Il est inséré dans la loi No 48 - 1416 du 15 septembre 1948 un article 2bis ainsi conçu :

- La division de la procédure sera ordonnée par le tribunal à l'égard des individus de nationalité française poursuivis en vertu des art. 1 et 2 de la présente loi, qui auront fait la preuve de leur incorporation forcée.

Toutefois, en ce qui concerne les procès dont les débats seraient commencés, il sera jugé au fond sur réquisitoires et par jugements séparés" (2).

Mais les sénateurs ne purent, eux non plus, se résoudre à suivre l'avis de leur commission de la justice. Un amendement Kalb - auteur de l'une des deux propositions de loi initiales - demanda la substitution pure et simple du texte de

1) J.O. - Débats parlementaires - Assemblée nationale - 28 janv. 1953, p. 539 ;

2) J.O. - Débats parlementaires - Conseil de la République - 1953, p. 254.

l'Assemblée nationale et le Conseil de la République finit par l'adopter à son tour, en lieu et place de l'article unique proposé par sa commission de la justice.

Le lendemain, 30 janvier, l'avis conforme du Conseil de la République était transmis à l'Assemblée nationale (1) et la proposition de loi, devenue définitive, était promulguée le jour même par le gouvernement (2).

III.- LA PORTEE DE LA LOI DU 30 JANVIER 1953

Comme on l'a vu, le texte adopté n'impliquait pas de disjonction immédiate. Il avait ainsi l'avantage de ne pas infliger de désaveu direct au tribunal militaire de Bordeaux qui n'avait, d'ailleurs, pas explicitement tranché la question.

Après l'audition du dernier témoin, l'instruction publique à l'audience étant close, le tribunal entendit, conformément à la loi nouvelle, des réquisitoires et des plaidoiries distincts et prononça deux jugements, l'un pour les allemands, l'autre pour les français.

Cependant, la loi du 30 janvier avait posé plusieurs problèmes d'application.

On s'était demandé tout d'abord s'il n'était pas nécessaire que le Tribunal fût saisi d'un nouvel arrêt de renvoi, celui sur la base duquel les accusés étaient traduits ne visant précisément que les dispositions abrogées. En effet, dans la plupart des cas, Allemands et Alsaciens n'étaient accusés que sur la base de la responsabilité collective. La Loi du 30 janvier 1953 ayant déclaré que les Français n'étaient plus désormais compris dans les poursuites dirigées contre les Allemands, il n'était plus question de leur appliquer l'Ordonnance de 1944, d'autant plus que, selon l'alinéa 2 de l'art. 3 nouveau, seul le code pénal pouvait désormais servir de fondement aux poursuites. Il paraissait cependant impossible - avait déclaré la défense - de poser des questions de culpabilité en vertu de dispositions que l'arrêt de renvoi du 4 mai 1951 de la Chambre d'accusation de Paris n'avait pas visées.

Le Tribunal n'a vu là, en revanche, aucun écueil.

Le principe de l'oralité des débats a notamment pour conséquence la reprise complète de toute l'instruction à l'audience de jugement. De plus, une fois saisi, le Tribunal doit statuer sur tous les faits qui lui sont soumis, quelle qu'ait été leur qualification dans l'arrêt de renvoi ou dans l'acte d'accusation.

-
- 1) J.O. - Débats parlem. - Assemblée Nationale - 1953, p. 785 ;
 - 2) J.O. - Lois et décrets, 31.1.53, p. 898 ; v. annexe No III, p. 471.

"... même dépouillés des caractères de l'action collective prévus par les art. 1 et 2 de la loi du 15 septembre 1948 actuellement abrogés et dont l'incidence se manifeste surtout dans le domaine de l'administration de la preuve" a précisé le Tribunal de Bordeaux, "les crimes d'assassinat, d'incendie volontaire d'édifice, d'incendie d'église et de pillage restent à la charge des accusés..."

Or, la référence expresse faite par la loi du 30 janvier au code pénal - estimait le tribunal - donne certainement le pouvoir au président de substituer aux accusations formulées contre les accusés français dans les termes des articles 1 et 2 de la loi du 15 septembre 1948, des accusations formulées d'après le droit commun. Enfin, l'art. 88 du code de justice militaire autorise expressément le président à poser des questions subsidiaires "s'il résulte des débats que le fait principal peut être poursuivi, soit comme un fait puni d'une autre peine, soit comme un crime ou un délit de droit commun".

Le Tribunal conclut en déclarant qu'il lui paraît possible "de substituer à une question principale relative à une infraction faisant l'objet d'une loi d'exception une question subsidiaire relative à une infraction prévue par la loi pénale ordinaire lorsque l'accusation est caractérisée par les mêmes faits, abstraction faite des éléments inexistants" (Jugement du 9 février 1953) (1).

La Cour de cassation dira si sur ce point la forme était sauve.

Il convient de relever, en second lieu, que le retour au droit commun modifiait d'autant plus profondément la situation des Alsaciens que l'exception tirée de l'ordre supérieur et de la contrainte changeait ainsi de régime. N'étant plus poursuivis comme criminels de guerre, les ressortissants français n'avaient à répondre que de crimes de droit commun et les dérogations introduites pour le jugement des crimes de guerre ne gardaient ainsi de valeur que pour les accusés Allemands. Théoriquement, la situation des accusés français devait s'en trouver améliorée puisqu'ils pouvaient invoquer ainsi l'ordre supérieur non comme une simple excuse absolutoire, mais comme un fait justificatif, conformément à l'art. 327 CPF. En fait, il ne semble pas que la Loi du 30 janvier 1953 ait produit l'effet désiré. Car si les juges ne pouvaient plus absoudre les français, ils n'ont pas voulu aller jusqu'à les acquitter. Le crime leur a paru trop flagrant pour qu'un verdict de non-culpabilité ait pu se fonder sur la contrainte morale qu'ils avaient subie, même si leur liberté de détermination s'était ainsi trouvée presque complètement annihilée. Ne pouvant absoudre, le Tribunal a préféré recourir aux circonstances atténuantes et il est certain que le dosage des peines - sensiblement plus faibles pour les Al-

1) Le Monde du 10.2.53.

saciens que pour les Allemands - est un témoignage du compte qui a été tenu de leur incorporation forcée en suite d'un recrutement illégal.

Cette décision nuancée n'a cependant pas satisfait l'Alsace.

Après avoir demandé et obtenu par une intervention sans précédent dans un procès en cours, la division des procédures suivies contre chacune des catégories d'accusés, les parlementaires alsaciens ont estimé que les condamnations prononcées contre les treize "malgré nous" visaient implicitement les trente mille incorporés de force dans la Wehrmacht et les SS. pendant la dernière guerre. La procédure de la suspension des peines et celle de la réhabilitation exigeant des délais, seule une loi d'amnistie a paru de nature à satisfaire rapidement l'opinion, ce qui devait amener le législateur à voter un second texte destiné à modifier lui aussi le cours de la justice dans le même procès.

C'est ainsi que l'Assemblée Nationale était saisie d'une proposition de loi "portant amnistie en faveur des Français incorporés de force dans les formations militaires ennemies" :

"Art. premier.- Amnistie pleine et entière est accordée aux Français incorporés de force dans l'armée allemande en vertu de l'acte dit ordonnance du 25 août 1942, signée Wagner, et des actes subséquents des autorités occupantes, pour tout fait qualifié de crime ou délit commis par eux au cours d'une action criminelle accomplie par l'unité dans laquelle ils avaient été versés.

"Art. 2.- Les droits des tiers ne pourront faire l'objet d'aucune action devant les tribunaux civils à l'encontre des auteurs des faits amnistiés par la présente loi.

"Art. 3.- Le droit au bénéfice de l'amnistie prévue à l'article premier sera constaté par le chef du parquet près la dernière juridiction saisie au fond, même dans le cas où le jugement n'a pas encore acquis l'autorité de la chose jugée.

Les contestations auxquelles pourra donner lieu l'application du présent article seront portées devant la chambre des mises en accusation qui a prononcé l'arrêt de renvoi" (1).

La proposition fut adoptée par l'Assemblée Nationale avec l'adjonction suivante à l'art. 2 :

"Le préjudice causé par ces actes sera, le cas échéant, réparé comme résultant de faits de guerre dans les cas et conditions prévus par les lois en vigueur. Les délais de prescription et de forclusion n'expireront que le 31 décembre 1956" (2).

Malgré l'avis défavorable de la commission sénatoriale de la justice, le Conseil de la République entérinait le

1) Le Monde du 19.2.53 ;

2) Le Monde du 20.2.53.

texte de l'Assemblée qui fut promulgué le 19 février 1953 (1).
Quelques heures plus tard, les treize Alsaciens amnistiés quittaient la prison de Bordeaux.

1) J.O. du 21.2.53.

Paragr. 6.- Conclusion.

1.- Réflexions sur le jugement rendu le 13 février 1953 par le Tribunal Militaire de Bordeaux.-

Le principe de la culpabilité objective et collective avait donc vécu. Le moment était sans doute particulièrement mal choisi pour revenir sur un texte voté précisément en vue du procès d'Oradour, mais la situation créée par la présence simultanée des Alsaciens et des Allemands sur le même banc a paru si intolérable que le législateur a préféré se déjuger et défaire en hâte ce qu'il avait fait quatre ans auparavant, fût-ce au prix d'une telle confusion des pouvoirs.

Il convient de se féliciter par conséquent de cette initiative qui fait disparaître du droit français un instrument de répression à la fois inutile et nuisible.

On ne peut, en effet, s'empêcher de remarquer que le tribunal de Bordeaux ne s'est trouvé nullement paralysé par l'abrogation des art. 1 et 2 de la loi du 15 septembre 1948. Si l'on excepte certains accusés qui avaient fini par avouer leur participation personnelle soit pour avoir surveillé les issues du village, soit même pour avoir pris une part active au massacre de ses habitants, il restait cependant plusieurs SS. contre lesquels l'accusation n'avait pas réussi à faire d'autre démonstration que celle de leur appartenance à l'unité incriminée.

C'est ainsi qu'en traitant les cas des accusés allemands Blaeschke, Boehme et Degenhardt, le commissaire du gouvernement déclarait dans son réquisitoire : "l'accusation doit constater ici qu'elle n'apporte pas, en ce qui les concerne, la preuve de leur participation directe à l'un des crimes. Tout ce que l'on sait, c'est qu'ils appartenaient aux SS., formation criminelle (1)". Néanmoins, si le tribunal a prononcé l'acquittement de Degenhardt, qui semble n'avoir jamais été à Oradour, il a retenu la culpabilité de Blaeschke et Boehme et les a condamnés respectivement à 12 et 10 ans de travaux forcés. L'accusé allemand Lenz, condamné à mort, se trouve d'ailleurs dans la même situation. Rien au cours des débats n'était venu matériellement établir sa culpabilité de façon formelle "si ce n'est la présomption qu'un adjudant SS. doit, par définition, jouer un rôle particulièrement actif" (2).

On est en droit de se demander dans ces conditions sur quelle base le tribunal s'est prononcé. Les difficultés de preuve qui avaient incité le législateur à déroger en 1948 aux

- 1) Le Monde du 6.2.53 ;
- 2) Le Monde du 14.2.53.

principes les plus élémentaires du droit criminel étaient-elles en réalité moins considérables que l'exposé des motifs du projet de loi de 1947 n'avait bien voulu les décrire ? Ou l'interprétation donnée dans la doctrine et la jurisprudence des règles applicables lorsqu'il y a pluralité d'auteurs principaux dans un crime commis en réunion lui permettait-elle de les surmonter sans le secours de ces dispositions exceptionnelles ?

Il est constant que pour un certain nombre d'accusés tout au moins, et notamment d'accusés allemands, les circonstances qui avaient fait adopter la loi de 1948 n'ont pas varié en 1953. Lorsque leur présence elle-même sur les lieux du massacre n'était pas sujette à discussion, leur comportement exact, les actes ou les omissions dont ils avaient pu se rendre coupables demeuraient ignorés du tribunal. Seule, la matérialité des faits d'assassinat, d'incendie et de pillage, d'une part, et l'appartenance des accusés à l'unité incriminée, d'autre part, étaient établies. Ces preuves indirectes étaient-elles suffisantes pour entraîner une reconnaissance de culpabilité dans les termes du droit commun ?

Le tribunal le laisse entendre par son jugement du 13 février 1953.

Il semble avoir ainsi donné raison à ceux qui ont estimé que la loi de 1948 était superflue.

Déjà au cours des travaux préparatoires, M. Jules Julien, rapporteur du projet, avait déclaré devant l'Assemblée nationale que, même en l'absence du texte proposé, le juge aurait pu "tirer de l'interprétation du droit commun les éléments de la répression" (1) et que "la législation pénale, telle qu'elle est, dans ses dispositions visant la répression des associations de malfaiteurs, combinée avec les règles du droit international, pourrait permettre de traduire devant les tribunaux sans même l'aide du texte qui vous est soumis, les coupables de pareils attentats" (2). Ainsi, le complément apporté à l'ordonnance de 1944 se justifiait davantage par des considérations d'opportunité que par une impérieuse nécessité juridique.

Cette opinion était partagée notamment par M. le Conseiller Patin qui écrivait à ce sujet : "Je reste convaincu qu'en dépit des difficultés de la preuve, le droit commun aurait suffi à assurer la punition de ceux qui ont participé au massacre d'Oradour. Car la jurisprudence et la doctrine ont toujours admis que, lorsqu'un même crime est commis par une réunion d'individus, tous animés de la volonté de le perpétrer, chacun

1) J.O. - Documents parlementaires - Assemblée nationale - 1ère législature - Annexe No 3972 (Sess. extraord. de 1948 - 2ème séance du 22.4.48) ;

2) Assemblée Nationale - Annales - Débats - 1ère législature - (Vol. XX, 1948, Sess. IX, p. 6316).

d'eux peut être déclaré co-auteur d'après le droit commun sans même que la part qu'il a prise dans la réalisation du crime ait été entièrement déterminée, dès lors qu'elle a été consciente et certaine". M. Patin montre que le droit commun a parfois admis "au moins dans une certaine mesure" la notion de crime collectif et les présomptions de culpabilité individuelle qui en sont la conséquence nécessaire. Ainsi, l'art. 313 du Code pénal français prévoit-il que les crimes commis "en réunion séditieuse, avec rébellion ou pillage, sont imputables aux chefs, auteurs, instigateurs et provocateurs de ces réunions, rébellions ou pillages qui sont punis comme coupables de ces crimes et condamnés aux mêmes peines que ceux qui les auront personnellement commis".

M. Patin estime, d'autre part, que l'Accord de Londres du 8 août 1945 et le jugement de Nuremberg n'ont pas reculé devant la notion de culpabilité collective des groupements nationaux-socialistes. Il cite à ce propos les considérations générales émises par le tribunal militaire international au sujet des organisations accusées :

"s'il (le tribunal) est convaincu de la culpabilité criminelle d'une organisation ou d'un groupe quelconque, ce tribunal ne devra pas hésiter à les déclarer criminels, sous prétexte que la théorie de la "criminalité d'un groupe" est nouvelle ou qu'elle pourrait être appliquée par la suite injustement par d'autres tribunaux" (1). Et il conclut en ces termes : "on voit ainsi que la notion de crime collectif admise par le législateur est loin d'être aussi nettement désapprouvée par la conscience universelle qu'on a bien voulu le dire" (2).

Le réquisitoire prononcé par le commissaire du gouvernement dans l'affaire d'Oradour procède d'idées voisines. Il est fondé sur la certitude - toute morale, il faut bien le dire, dans nombre de cas - de la part personnelle que chacun des membres de la compagnie accusée a prise au crime collectif. Après avoir rappelé que 110 hommes armés de 22 armes automatiques ont massacré 642 personnes en trois heures de temps, le représentant du Ministère public pose cette question : "En si peu de temps, peut-il y avoir eu seulement quelques participants ou bien a-t-il fallu la présence et l'action de tous ? Après ces nombreuses audiences, il ne saurait subsister le moindre doute : la compagnie tout entière a pris une part

-
- 1) Le tribunal a ajouté cependant : "D'un autre côté, le tribunal devra faire une telle déclaration de criminalité en s'assurant que des innocents ne seront pas frappés par la répression" (Procès, T.I., p. 270) ;
 - 2) M. Patin, *La France et la répression des crimes de guerre* (RSCDPC, 1951, p. 393 ; cf. aussi A. Boissarie, *Crimes internationaux* (Le Monde, 12.1.52).

personnelle au crime ... tous ont communiqué dans le crime" (1).

Quant au jugement, l'absence de considérants ne permet pas de savoir de quelle manière le tribunal a fondé sa conviction de la culpabilité des accusés. On peut seulement observer que la culpabilité de la plupart des Alsaciens a été retenue surtout par des réponses affirmatives aux questions subsidiaires visant la complicité par aide et assistance (2). Selon toutes les apparences, le seul fait d'avoir été présent à Oradour le jour du massacre suffit pour entraîner une présomption de complicité, mais à défaut de charges individuelles, le tribunal n'est pas allé jusqu'à la participation à titre de co-auteur, c'est-à-dire à titre principal.

Quoi qu'il en soit, l'absence de preuve des culpabilités individuelles n'a pas été considérée comme un obstacle. Cependant, pour que le crime commis en réunion puisse être puni sans que les agissements de chacun des participants soient identifiés, il est indispensable que la part qu'ils ont prise dans la réalisation du crime soit consciente et volontaire. Or, si la matérialité des faits ne saurait être contestée, on peut se demander - au moins dans le cas des incorporés de force - si l'intention criminelle, indispensable élément du délit a réellement été établie. L'Accusation, à qui incombait à nouveau le fardeau de la preuve, ne semble pas avoir réussi à apporter sur ce point précis des éléments véritablement convaincants. Il est impossible, d'autre part, de suppléer à l'absence de charge individuelle par une référence au jugement déclaratif de criminalité du tribunal de Nuremberg, de même que l'individu reconnu coupable d'appartenance à une association de malfaiteurs ne saurait être considéré de ce seul fait comme co-auteur du ou des crimes qui forment le but de cette association. La certitude du délit d'appartenance ne peut faire admettre la présomption d'une participation au crime collectif. C'est d'ailleurs précisément parce qu'il est généralement impossible de distinguer exactement la part de responsabilité qui revient à chacun des membres du groupe ou de l'association, que le législateur a estimé nécessaire de punir cette activité malveillante comme un délit spécial, l'association de malfaiteurs des art. 265 et suivants du Code pénal. Car "les règles ordinaires de la complicité deviennent ainsi insuffisantes et ne correspondent plus à la réalité des faits. La loi les saisit avec autant de justice et plus d'efficacité en les comprenant dans l'incrimination générale et en punissant de peines différentes les chefs de l'association et les simples associés" (3).

1) Le Monde du 6.2.53 ;

2) Cf. à ce propos les remarques de M. le Président Nussy - Saint-Saëns, 15ème audience (Le Monde du 19.1.53) ;

3) E. Garçon, Code pénal annoté, T.I., art. 265 et s.- p. 635, N. 3 ; v. aussi p. 638, n. 27.

Il semble donc que ni la circonstance de réunion, prévue à l'art. 313, ni l'incrimination générale de l'association de malfaiteurs de l'art. 265 du code pénal ne permettent de retirer à la responsabilité pénale son caractère personnel.

2.- Autres effets de la loi du 15 septembre 1948.-

En tout état de cause, la loi du 15 septembre 1948, dont l'inutilité paraît démontrée, n'aura même pas eu le mérite de faciliter la tâche des juges.

S'il est difficile de savoir jusqu'à quel point la diminution, puis l'arrêt presque complet des extraditions de criminels de guerre réclamés par la France, sont réellement dus à la mise en oeuvre de ce texte révolutionnaire, on peut dire avec certitude qu'elle a indirectement entravé le cours normal de la justice. Le but premier que ses initiateurs cherchaient à atteindre était de permettre l'inculpation du plus grand nombre possible de membres d'organisations criminelles, afin d'avoir le maximum de renseignements sur les agissements des unités ou des services incriminés, ce qui devait permettre en cas de renvoi devant le Tribunal de fonder la majorité des accusations sur des charges personnelles et d'obtenir de cette manière des condamnations basées sur le droit commun. Ce but a sans doute été partiellement atteint, si l'on en juge par le nombre des SS. inculpés après le 15 septembre 1948 et il faut reconnaître que - conformément d'ailleurs à la jurisprudence de la Cour de cassation (1) - les Tribunaux Militaires ont constamment cherché à prononcer des condamnations fondées en partie sinon même en totalité sur le droit commun. L'affaire du S.D. de Vichy est particulièrement révélatrice à cet égard (2). Mais ce souci de ne faire qu'un usage parcimonieux des possibilités de répression étendues qu'offrait la loi de 1948 n'était peut-être pas motivé uniquement par le désir de maintenir les poursuites dans les limites du droit commun.

En effet, l'application de ces dispositions exceptionnelles a entraîné une augmentation sensible des pourvois en cassation, principalement contre les arrêts de renvoi devant les Tribunaux Militaires prononcés par les Chambres des mises en accusation. Il ne fait pas de doute qu'un certain nombre de ces recours avaient un caractère dilatoire, mais la Cour de cassation a eu ainsi l'occasion de fixer sa jurisprudence dans un domaine où son interprétation se révélait particulièrement utile. Les règles qu'elle a posées ont été autant de conseils de prudence adressés aux Parquets et aux Tribunaux.

L'orientation qu'elle a donnée de cette manière a

1) V. ci-dessus, p. 409 ;

2) V. ci-dessus, p. 405.

certainement contribué à éviter une aggravation des entorses que la loi de 1948 avait faites au droit commun. Cette construction jurisprudentielle s'accompagnait malheureusement de délais d'autant plus considérables que les dossiers soumis à la Chambre criminelle de la Cour de cassation étaient plus nombreux. Il n'était pas rare que 6 mois s'écoulaient entre le dépôt du pourvoi et l'arrêt de la Cour suprême. Dans l'affaire d'Oradour, le premier arrêt de renvoi était du 16 février 1950 et l'arrêt de cassation, du 3 août 1950. Mais le second arrêt de renvoi prononcé le 4 mai 1951 par la Chambre d'accusation de Paris ayant été frappé à son tour de nouveaux pourvois, puis d'une requête en suspicion légitime, l'affaire n'est venue à l'audience qu'en janvier 1953 seulement. On pourrait citer d'autres exemples où le jugement au fond, cassé à deux reprises par la Chambre criminelle, n'est devenu définitif qu'après avoir été prononcé en troisième instance seulement. De tels retards nuisent à une bonne administration de la justice. Il est certain que le souvenir des faits s'efface dans la mémoire des témoins appelés huit ans plus tard à faire leur déposition devant le tribunal, même s'ils ont été interrogés entre temps par la police ou par un juge d'instruction, ce qui n'est pas toujours le cas.

La loi de 1948 a aussi contribué à accentuer le caractère unilatéral de la répression des crimes de guerre. Le fait que les rigueurs de l'ordonnance de 1944 aient été destinées aux seuls ressortissants ennemis créait déjà un déséquilibre fâcheux. L'introduction d'une loi nouvelle rompant avec les traditions les mieux établies dans le domaine du droit et de la procédure criminels a accru l'impression que, tout en confiant à ses juges le soin de châtier les violateurs du droit de la guerre, la France ne s'était pas embarrassée de scrupules juridiques lorsqu'il s'était agi de trouver de plus sûrs moyens de punir les forfaits qui s'étaient commis sur son sol. Le fait que seule la présence des Alsaciens au procès d'Oradour a généralement ému l'opinion au point d'entraîner l'abrogation des art. 1 et 2 de la loi de 1948 n'a, sans doute, pas passé inaperçu dans l'opinion allemande. Il s'en est d'ailleurs fallu de peu que la loi du 30 janvier 1953 ne laisse subsister les art. 1 et 2 de celle du 15 septembre 1948, car l'essentiel était de soustraire les Alsaciens incorporés de force à une loi inique qui jusque là n'avait en réalité choqué qu'un petit nombre de personnes. Il est heureux que l'Assemblée nationale ait pris le parti de faire disparaître de l'arsenal répressif des dispositions qui n'ont, certes, ajouté ni à son lustre, ni à son efficacité.

3.- Pour une solution du problème des crimes collectifs.-

Cependant, le problème des crimes collectifs demeure posé. Si de nouvelles poursuites pour crimes de guerre doivent être un jour engagées à nouveau, il est probable que les juges se heurteront aussi aux difficultés de preuve nées des circonstances particulières dans lesquelles les crimes "de masse" sont généralement commis, c'est-à-dire de l'impossibilité de distinguer la part personnelle que chacun des membres de l'unité ou de la formation incriminée a prise à l'action collective.

Ici, l'incrimination générale par le biais de l'association de malfaiteurs paraîtra nécessairement insuffisante. L'assimilation opérée entre l'appartenance à une "organisation ou entreprise de terrorisme systématique" (art. 2, ch. 2 de l'ord. de 1944) et le crime des art. 265 et suivants du code pénal apparaît d'ailleurs trop artificielle pour pouvoir être retenue "de lege ferenda". Les solutions directement tirées du droit pénal interne semblent mal adaptées dans ce domaine aux caractères propres à des crimes contre le droit des gens. Comment ne pas voir la profonde différence qui existe entre le candidat au brigandage qui s'affilie de son plein gré et en connaissance de cause à une bande de malfaiteurs, et le citoyen du pays en guerre qui se voit affecter pour la durée des hostilités à une organisation qui, plus tard, est susceptible de faire l'objet d'une déclaration collective de criminalité de la part de juges étrangers ? En outre, il y a inévitablement un certain arbitraire dans la désignation des groupes réputés criminels, en dépit du soin extrême avec lequel les déclarations collectives de criminalité ont été prononcées à Nuremberg. Car il peut évidemment se faire que telle unité de la Wehrmacht, que son appartenance à l'armée régulière avait fait échapper aux déclarations du tribunal militaire international, se soit en fait rendue coupable d'une somme d'actes criminels beaucoup plus considérable que telle unité de SS. ou du S.D., assujettie, elle, à la présomption de criminalité collective qui résulte du jugement de Nuremberg.

Pourquoi cette présomption pèserait-elle sur les uns et non sur les autres ?

Et si les tribunaux internes ne s'estiment pas liés par le jugement déclaratif de criminalité du tribunal militaire international et retiennent le crime d'appartenance à une association de malfaiteurs contre des individus non visés par les juges de Nuremberg, ils seront contraints de tirer une présomption de culpabilité individuelle - et non plus de criminalité collective - des circonstances dans lesquelles les crimes auront été commis. Ainsi, concluront-ils à l'existence d'une entente préalable, ou tout au moins, d'ordres généraux, lorsque les crimes apparaîtront comme le résultat d'une action d'ensemble, notamment par leur nombre, leur localisation géographique, leur ré-

pétition, le nombre des victimes, leur mode d'exécution, etc.

On voit bien à quels abus de tels procédés pourraient conduire. L'expérience malheureuse de la loi de 1948 l'a clairement montré dans le procès d'Oradour.

Dans le dilemme entre la relaxe par défaut de preuves suffisantes et la condamnation générale à la peine capitale, les juges du tribunal militaire de Bordeaux paraissent avoir cherché à asseoir leur conviction de la culpabilité individuelle des accusés sur des présomptions comme le grade et la fonction. L'allemand Lenz semble avoir été condamné à la peine capitale davantage en raison de son grade d'adjudant que des actes criminels qu'il aurait effectivement et personnellement commis. On a pensé qu'un adjudant SS. devait nécessairement avoir pris une part active au crime collectif, mais rien n'est venu apporter, ne serait-ce qu'un début de confirmation à ce qui demeure une hypothèse. Il est inquiet de penser que selon toutes les apparences, l'intime conviction des juges ne repose pas sur des bases plus solides.

Sans doute, faut-il souhaiter que nul tribunal ne se retrouve jamais en présence d'un tel problème. Si tel devait être pourtant le cas, tout postulat de responsabilité collective devrait être résolument écarté même au risque de laisser échapper peut-être des auteurs matériels du crime. Lorsqu'on aura dégagé de l'ensemble des crimes ceux qui peuvent être personnellement imputés à tel ou tel membre du groupe ou de l'unité incriminée, les autres membres devraient être acquittés de toute prévention, quitte à sévir avec la dernière rigueur contre les chefs qui ont ordonné le crime ou qui ont laissé faire leurs subordonnés, le sachant et le voulant.

Retenir en revanche les exécutants exclusivement en raison de leur présence sur les lieux, sans qu'il ait été possible de s'assurer que cette présence a été agissante, c'est s'exposer à condamner des innocents, c'est-à-dire à faire ce que les auteurs du massacre d'Oradour ont fait. La justice ne se rend pas plus efficace ni plus respectable par de semblables approximations. En fait, on sort du domaine du droit pour entrer dans celui des représailles, désormais prohibées par la Convention de Genève (1), mais dont on ne saurait malheureusement dire que la pratique, qui est précisément l'expression du principe de la responsabilité collective, ait disparu des méthodes en usage dans les armées modernes.

1) Convention de Genève du 12 août 1949 (No IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, art.33.

C O N C L U S I O N

I.- LE PROBLEME DE LA LEGITIMITE DES POURSUITES POUR CRIMES DE GUERRE

Peut-être paraîtra-t-il singulier qu'au terme d'une étude précisément consacrée aux lois qui ont été promulguées en vue de châtier les violateurs du droit de la guerre et aux jugements qui ont été rendus en application de ces lois, on se demande s'il faut ou non punir les crimes de guerre.

C'est que les procès entrepris après l'armistice de 1945 ont soulevé des objections si fondamentales qu'on est en droit de s'interroger sur la valeur des expériences faites. Doit-on considérer ce mouvement législatif et jurisprudentiel comme un échec à ne pas renouveler, ou comme la première étape d'une construction juridique à développer ?

1.- Le développement des principes de Nuremberg.-

L'important travail accompli depuis 1945 au sein des Nations Unies pourrait faire illusion sur la portée des enseignements tirés du jugement de Nuremberg et de la jurisprudence des tribunaux nationaux en matière de crimes de guerre. Tout se passe comme si la seconde guerre mondiale avait provoqué la mise sur pied d'un instrument de répression adapté à n'importe quelle situation. Aussi, pourrait-on se figurer que les principes de Nuremberg sont valables partout et toujours et que les lois de la guerre sont assurées désormais d'une garantie pénale quasi-automatique à l'encontre de tous les violateurs possibles.

Qu'il s'agisse de l'Assemblée des Nations Unies, de la Commission du Droit International de cette même organisation ou des diverses sociétés savantes qui ont, depuis plus de dix ans, étudié le problème des sanctions pénales du droit de la guerre, l'oeuvre de Nuremberg semble avoir été très généralement

considérée comme une préfiguration de cette juridiction pénale internationale, que chacun appelle de ses vœux, mais dont personne ne peut encore discerner comment elle pourrait pratiquement fonctionner.

L'image d'une communauté internationale définitivement rassérénée où la crainte des tribunaux empêcherait quiconque, non seulement de déclencher une guerre d'agression, mais encore de violer les dispositions non équivoques d'un droit de la guerre reconnu de tous, est à n'en pas douter séduisante. Il faut néanmoins se résoudre à constater qu'elle ne correspond pas encore, et pour longtemps, à la réalité.

Au risque de paraître faire peu de cas des très louables efforts de codification accomplis depuis plusieurs années, il est indispensable, tout d'abord, de ramener à de plus justes proportions le mouvement conventionnel et jurisprudentiel qui en était le point de départ. Ni le jugement de Nuremberg, ni celui de Tokio, et encore moins ceux des tribunaux nationaux en matière de crimes de guerre, n'ont constitué une véritable justice internationale. Ces poursuites ont revêtu, il est vrai, une ampleur sans précédent, elles ont porté sur des faits d'une exceptionnelle gravité. Mais à l'échelon international, elles n'ont représenté que la mise en commun du pouvoir de punir de chacune des Puissances victorieuses. On ne saurait voir là l'expression d'une justice s'élevant au-dessus de toutes les frontières.

Cette limite dans le champ d'application de la loi pénale internationale "ratione personae" se retrouve d'ailleurs lorsqu'il s'agit de définir les crimes de guerre dans le temps. A quelques exceptions près, tous les textes concernant la poursuite des crimes de guerre se sont bornés à disposer pour le conflit qui venait de s'achever. Par où il faut entendre que, non seulement ces textes encourent le grief de rétroactivité, mais que de nouvelles lois seraient probablement nécessaires si des poursuites analogues devaient être engagées un jour contre d'autres prévenus. En dépit de la généralité de leurs termes, les dispositions adoptées entre 1944 et 1953 ne visent que les ressortissants des Puissances vaincues à l'issue du conflit de 1939-1945. Certains textes ont même limité le champ d'application dans le temps aux crimes commis entre le 1er septembre 1939 et le 8 mai 1945.

Aussi, n'est-il pas étonnant, étant donné la vocation très limitée des textes appliqués au lendemain de la guerre, que les Nations Unies aient cherché à dégager des principes généraux du Statut de Londres et du jugement de Nuremberg, en vue de les faire entrer plus sûrement dans le droit des gens.

Mais ce mouvement tendant à la confirmation et à l'élargissement de l'oeuvre de Nuremberg n'a pas réuni une complète unanimité. Il s'en faut de beaucoup. A mesure que s'estompait dans les mémoires le souvenir des horreurs de la guerre et

des atrocités auxquelles le IIIème Reich avait malheureusement attaché son nom, des voix de plus en plus nombreuses se sont fait entendre pour mettre en doute la valeur et le bien-fondé des "principes de Nuremberg" et des règles de droit appliquées par les divers tribunaux nationaux.

Le moment semble venu de faire la synthèse de ces critiques auxquelles une large place a déjà été faite au cours des chapitres précédents, afin de savoir si elles sont complètement négatives - et dans ce cas, s'il ne vaut pas mieux s'abstenir de châtier les crimes de guerre - ou s'il est possible d'en tirer des enseignements positifs pour l'avenir.

2.- Les objections.-

On peut distinguer deux formes principales d'objection : les unes ont visé les moyens de répression, les autres le principe même de la répression.

a) La critique des méthodes employées.

Il est difficile de nier que les poursuites pour crimes de guerre n'ont satisfait personne.

La majeure partie de l'opinion française s'est indignée de voir que tant de crimes demeuraient impunis. De 1944 à fin 1951, 18.755 personnes auraient été effectivement poursuivies (1). 15.639 d'entre elles sont en fuite ou font l'objet de poursuites contre inconnu. 12.539 ordonnances de non-lieu ont été prononcées. Les tribunaux ont, à la même date, prononcé 320 acquittements, 430 condamnations à des peines correctionnelles (soit 183 par défaut et 247 contradictoirement), 443 condamnations à des peines criminelles (soit 212 par contumace et 231 contradictoirement) et 493 condamnations à mort (dont 400 par contumace). Sur les 93 condamnations à la peine capitale prononcées contradictoirement, 55 ont été exécutées (2).

Lorsqu'on constate, par conséquent, que 3116 individus seulement ont été poursuivis contradictoirement, on ne peut s'empêcher de relever que la répression s'est maintenue dans des proportions relativement modestes, même si l'on tient compte des procès qui ont été menés à chef depuis 1952.

A cette disproportion évidente entre le nombre des crimes commis et l'effectif des responsables qui ont pu être rejoin-
ts, s'ajoute un sentiment de déséquilibre dans la distribu-

- 1) La liste officielle des personnes recherchées par la France contenait environ 25.000 noms;
- 2) Statistique publiée par la Direction de la Justice militaire au moment du procès d'Oradour (Figaro du 12.1.53 ; Le Monde du 13.1.53 ; comp. RIDP., 1951, p. 126 ; Der Spiegel, 26.12.51).

tion effective des peines parmi les divers échelons de la hiérarchie militaire. Sans doute, la justice est-elle toujours impuissante à fournir de véritables compensations. Mais comment expliquer que des officiers, dont la culpabilité semble avoir pourtant été clairement démontrée au cours du procès de leurs subordonnés, n'aient jamais pu être extradés et livrés aux tribunaux français ? Le cas du Général Lammerding, commandant de la 2ème Division SS. "Das Reich", dont le domicile était connu, mais qui n'avait pu être traduit devant ses juges, est particulièrement significatif. On ne peut s'empêcher de noter, à ce propos, que la presque totalité des généraux allemands qui ont comparu pour crimes de guerre ont bénéficié d'ordonnances de non-lieu ou de verdicts négatifs, tandis que leurs subordonnés étaient le plus souvent condamnés avec sévérité.

Si l'opinion allemande s'est également plainte de l'incohérence des poursuites qui faisaient peser sur les officiers subalternes et les sous-officiers le poids principal de responsabilités qui paraissaient devoir se situer à un niveau plus élevé, elle a, à l'inverse de ce qui s'est passé en France, dénoncé la rigueur des condamnations prononcées. On s'est habitué à considérer que les militaires condamnés subissaient la vindicte du plus fort et que ces malchanceux étaient plus à plaindre qu'à blâmer. Les crimes dont les Alliés leur avaient fait grief sont apparus de moins en moins affreux, avec le recul du temps et une certaine détermination collective à l'oubli (1).

L'attitude des Puissances victorieuses a quelque peu contribué à ce changement d'optique. Elle semble avoir, en fait, oscillé entre un désir d'atténuer la rigueur de sentences parfois manifestement disproportionnées avec la gravité des faits retenus, et des sursauts d'humeur provoqués par les accusations fréquemment injustes dont la justice alliée était l'objet. Il faut espérer que les juridictions dont la création est prévue dans l'une des Conventions rattachées aux Accords de Bonn, grâce auxquels l'Allemagne fédérale a recouvré sa souveraineté, permettront de réduire d'une manière satisfaisante les inégalités de traitement que les commissions germano-alliées avaient déjà cherché, avec plus ou moins de bonheur, à supprimer (2).

Enfin, on s'est unanimement plaint de l'extrême lenteur des poursuites. Quelles qu'en soient les causes techniques (3), cette lourdeur de l'appareil judiciaire fait inévitablement jeter le doute sur le bien-fondé des lois qui l'ont mis

-
- 1) M. Garçon, A propos des procès de Nuremberg (*Le Monde*, 21.7.51); C. Haensel, *Der zyklische Wiederkehr des Naturrechtes*, RPS., 1950, 253 ;
 - 2) *Neue Zürcher Zeitung*, 21.7.53 ; *Basler Nachrichten*, 2.9.53 ;
 - 3) Cf. ci-dessus, p. 31.

en mouvement. Encore peut-on comprendre que des textes révolutionnaires comme la loi du 15 septembre 1948 aient donné lieu à de multiples recours qui ont eu pour effet de ralentir encore le cours de la justice qui n'était déjà pas rapide. Mais comment expliquer en revanche qu'il ait fallu huit ans pour s'aviser, par exemple, que le Dr Ernst, bourguemestre de Strasbourg sous l'occupation, était allemand et non français et, qu'en cette qualité, il pouvait être accusé de crimes de guerre ? (1).

b) La négation du principe même de la répression.

A ces critiques visant l'incohérence des poursuites, leur lenteur, la sévérité ou, au contraire, la trop grande mansuétude des jugements - qu'on peut qualifier de critiques de forme - s'ajoutent des objections de fond. Lorsqu'on s'attaque aux méthodes, le but poursuivi demeure en principe hors de question. Il n'en va plus de même quand la raison d'être des poursuites est elle-même mise en doute. Bien que l'imperfection des moyens ait, sans doute, concouru à un tel résultat, les contestations qui se sont élevées sur la légitimité des procès de crimes de guerre paraissent de nature à ébranler plus sérieusement encore l'édifice de Nuremberg.

Pourquoi punit-on les auteurs de violations du droit de la guerre ? Pour que des crimes odieux ne demeurent pas sans sanction. Mais aussi pour éviter, par la contagion de l'exemple, que de tels excès ne se reproduisent.

Sous ce rapport qui est celui de la valeur de prévention générale du système répressif institué en 1945, les résultats apparaissent singulièrement négatifs, car seuls les vaincus ont été poursuivis. En l'état actuel des choses, nul soldat ne serait détourné de commettre aucun excès, par crainte d'un châtiment au demeurant hypothétique, puisque subordonné à la fortune des armes. Chacun serait au contraire tenté de faire tout ce qu'il croirait utile à la victoire, y compris de violer les lois de la guerre, afin, précisément, de ne pas subir la loi de l'adversaire, puisque le juge se confond avec le vainqueur. S'ils étaient promis à la potence en cas de défaite, les généraux ne reculeraient plus devant aucun sacrifice de vies humaines, afin de se trouver du côté des juges et non des accusés le jour de l'armistice.

Cette démonstration qui n'est malheureusement pas sans fondement a été soutenue par nombre d'auteurs qui ont voulu voir dans le jugement de Nuremberg l'expression de conceptions juridiques aberrantes sur lesquelles on ne saurait construire aucun système juridique valable (2). Elle n'est pourtant pas

1) Le Monde, 20.1.54 ;

2) C. Miglioli, Du caractère illégitime de la sanction pénale unilatérale en droit international (RIDP., 1952, No 4, p. 57); C.F. Sodi, Les délits nationaux et internationaux et le procès de Nuremberg ; Montero S. Mario, Le procès de Nuremberg ; T. Oléa y Leyva, Délits et crimes de guerre (cité dans RSCDFC., 1948, p. 412-413).

entièrement convaincante, tant qu'elle part exclusivement de l'hypothèse du jugement par les tribunaux ennemis. Il importe, par conséquent, d'examiner maintenant si la sanction pénale des lois de la guerre est mal fondée jusque dans son principe, même lorsqu'elle s'exerce à d'autres personnes et en d'autres circonstances que celles qui ont prévalu à l'issue du conflit de 1939-1945.

Le caractère unilatéral des poursuites étant mis de côté, l'objection essentielle s'adresse désormais au principe de la responsabilité pénale de l'individu au regard du droit des gens. Elle ne vise donc plus le mode de désignation des juges, mais bien les règles de droit qu'ils ont prétendu appliquer. Le mécanisme mis en marche par le Statut de Londres et par des textes comme l'ordonnance française du 28 août 1944 aboutit, dit-on, à une impasse : personne ne peut plus prendre part à un conflit armé sans se rendre coupable de crimes de guerre. Les règles de la complicité, a-t-on soutenu entre autres, sont devenues si draconiennes du haut en bas de l'échelle hiérarchique qu'elles sont en réalité inapplicables. Chacun peut désormais être accusé soit pour avoir exécuté un ordre, soit pour l'avoir donné, soit même pour n'avoir rien fait (comp. art. 4 de l'ordonnance du 28 août 1944) (1).

Par souci de ne laisser échapper aucun violateur des lois de la guerre, on a prévu des interdictions et des sanctions, que leur rigidité rend inapplicables. Loin d'affermir le droit de la guerre en protégeant les non-combattants, elles en compromettent le respect et menacent bien davantage la sécurité des personnes civiles à qui on fait croire qu'elles sont à l'abri de toute atteinte. Ne serait-il pas préférable, ajoutent ces détracteurs du système de Nuremberg, de soumettre le comportement des forces armées en guerre à un minimum de principes peut-être sommaires, mais universellement respectés, plutôt que d'alourdir le droit international de règles trop sévères pour pouvoir résister à l'épreuve du feu ?

Cette manière de voir n'est pas seulement celle des condamnés pour crimes de guerre ou de ceux qui interviennent périodiquement en faveur de la réhabilitation du soldat allemand, voire du SS., elle est partagée par un nombre croissant de militaires appartenant aux forces des Puissances victorieuses pour qui le "droit de Nuremberg" n'a pas tenu un compte suffisant des réalités brutales de la vie quotidienne du soldat, assujéti à une discipline sans laquelle il n'est pas d'armée efficace, exposé à chaque instant à perdre la vie s'il ne prend pas lui-même l'initiative de mettre l'adversaire hors d'état de nuire.

Un débat s'est même institué sur cette question à la Chambre des Lords en 1950 et en 1952, à propos de la guerre de Corée. Ne conviendrait-il pas, s'étaient demandé les Lords, de faire disparaître du Manuel britannique sur les lois de la guerre, les

1) Marion Gräfin Dönhoff, *Kriegsverbrechen und das Völkerrecht*, (Die Zeit, Hamburg, 23.11.50).

modifications introduites en 1944, pour revenir à la règle antérieure suivant laquelle le soldat doit obéir à tous les ordres, qu'ils soient ou non légaux ? Si les sino-coréens manifestaient l'intention de poursuivre judiciairement les prisonniers qu'ils détiennent et, notamment, les pilotes américains, rien ne les empêcherait de s'inspirer des fâcheux précédents de Nuremberg et de Tokio. Ils seraient ainsi habilités à créer de nouveaux crimes et de nouvelles règles de preuve en violant les droits de l'homme comme cela avait été le cas, déclarait Lord Hankey, auteur de cette intervention, lors des procès conduits par les Alliés au lendemain de la seconde guerre mondiale. Il faudrait donc que les Nations Unies reconnaissent que les principes de Nuremberg étaient erronés et que la Grande-Bretagne fasse savoir qu'elle ne considère pas les crimes contre la paix et les crimes contre l'humanité comme des actes punissables (1).

En résumé, la justice et la guerre étant des notions qui, par définition, s'excluent, il serait infiniment préférable de considérer désormais que le droit des gens n'impose de responsabilité qu'aux Etats et non aux individus. Les membres des forces armées et les agents de l'administration civile étant couverts par l'immunité attachée aux actes d'Etat, quels que soient les procédés auxquels ils recourent pour triompher de l'adversaire, ils ne pourraient plus être l'objet d'aucune poursuite. L'état de belligérance serait donc un fait justificatif absolu dont nulle réserve tirée, par exemple, des diverses interdictions contenues dans la Convention de La Haye, No IV, de 1907, le Protocole de Genève de 1925, ou encore, les Conventions de Genève de 1949, ne viendrait limiter l'effet.

3.- Conclusion.-

A supposer que ces raisons soient concluantes, il resterait à se demander si, la voie judiciaire étant écartée, il n'existerait pas un autre moyen de sanction.

Ce moyen, M. Boissier le voit dans "ce que les militaires appellent crûment une opération de nettoyage, la dernière de la guerre". Et il ajoute : "ces exécutions seraient alors apparues pour ce qu'elles sont, consubstantielles à la guerre, riposte sans réplique à certains débordements commis dans un enfer où la justice a si peu de part, qu'il est à peine décent de se réclamer d'elle par la suite". La répression emprunterait à la guerre ses méthodes, brutales, mais efficaces. On ne punirait plus des crimes, c'est-à-dire des violations d'une règle absolue, mais seulement les excès, c'est-à-dire les actes qui dépasseraient pour chaque belligérant la mesure des agissements imputables à

1) The Times, 31.7.52 ; Dönhoff, loc. cit.

ses propres troupes (1).

La proposition n'est qu'en apparence un paradoxe. Des exécutions sommaires ont eu lieu au cours et à l'issue de toutes les guerres. Celle de 1939-1945 n'a malheureusement pas fait exception à la règle. Pendant toute l'occupation de la France, de nombreux civils ont été passés par les armes, comme otages, ou prisonniers par représailles, sans le moindre simulacre de jugement. On peut dire, en outre, sans crainte de se tromper, qu'après la cessation des hostilités sur le territoire français, plusieurs unités allemandes ont disparu sur place.

Est-il souhaitable de généraliser de tels procédés qui relèvent de la loi de la jungle et n'apparaissent, par conséquent, pas comme un progrès vers une diminution des maux de la guerre ? On peut en douter. Et sous peine d'infliger à des innocents un châtiment destiné aux vrais coupables, c'est-à-dire de recourir à une mesure de représailles, M. Boissier convient bien qu'il serait sage "de s'inspirer des méthodes éprouvées de la procédure pénale ... pour établir, avec un minimum d'erreurs, le rôle exact du suspect" (2). Dès lors, quel bénéfice voit-on à faire en sorte que ces enquêteurs ne soient pas des juges d'instruction et que leurs conclusions soient exécutées sans que ledit suspect ait été mis en mesure de se défendre devant un tribunal régulièrement constitué. Refeter le principe même d'une sanction pénale, n'est-ce pas renoncer du même coup aux garanties dont son application doit être entourée dans la plupart des pays de l'univers ?

Cependant, même si l'on maintient le recours à la voie judiciaire, l'expérience montre que l'exercice effectif des poursuites est parfois subordonné à leur opportunité.

Dès le début des hostilités en Corée, chacun des belligérants a dénoncé les méfaits de l'autre, qu'il s'agisse de la guerre bactérienne, des méthodes de bombardement aérien ou des massacres et des mauvais traitements infligés aux prisonniers de guerre. Aux yeux de chaque Partie, les violations étaient patentes, incontestables, des commissions d'enquête ont produit et publié des preuves dans de volumineux rapports et on aurait pu s'attendre à voir s'ouvrir de part et d'autre des poursuites judiciaires contre les auteurs de pareils forfaits.

Mais l'armistice a réduit à néant cette détermination réciproque à ne pas laisser le moindre crime sans châtiment. Aucun des belligérants n'étant parvenu à prendre l'avantage sur l'autre, les prisonniers de guerre ont été échangés sans avoir été préalablement invités à répondre devant un tribunal de leur conduite pendant les hostilités. Les seuls jugements rendus dans ce domaine paraissent avoir été prononcés en Corée du Sud, à l'encontre des membres des corps de partisans faits prisonniers sur

1) P. Boissier, *L'épée et la balance*, Genève, 1953, p. 99, 101, 141 ;

2) Ibid. p. 141.

les arrières des Nations Unies et aux Etats-Unis contre d'anciens prisonniers de guerre américains reconnus coupables de trahison commise pendant leur captivité.

Il suit de là que le principe même de la sanction pénale des violations du droit de la guerre subit une grave entorse. Pour la première fois depuis la fin de la seconde guerre mondiale, les atrocités imputées aux membres des forces adverses sont demeurées impunies. D'un commun et tacite accord, les deux Parties au conflit ont renoncé à poursuivre, car tout procès de crimes de guerre aurait encore augmenté les difficultés rencontrées dans la négociation du cessez-le-feu.

Des considérations d'opportunité - la nécessité de mettre un terme à la lutte - sont ainsi de nature à suspendre la répression. Dans le cas où les hostilités prennent fin par un compromis à la faveur duquel chacun des camps conserve des moyens de pression sur l'autre, il est bien évident qu'on ne saurait poursuivre.

Cette constatation fait mal augurer des conditions dans lesquelles les dispositions des Conventions de Genève du 12 août 1949 pourront trouver une garantie dans l'application de sanctions à l'encontre de tous ceux qui se rendraient coupables d'infractions graves à l'une ou l'autre de leurs dispositions essentielles (1). Tant que la situation à vrai dire exceptionnelle de l'armistice germano-allié de 1945 ne se reproduira pas, toute organisation de poursuites pour crimes de guerre apparaît vouée à l'échec, quelle que soit au demeurant la légitimité d'une telle répression.

Mais on ne saurait indéfiniment s'accommoder d'une situation où la violence se donne libre cours. S'il est, sans doute, préférable d'arrêter une guerre, plutôt que d'ouvrir des procès, il est plus souhaitable encore qu'à l'issue des hostilités, ceux qui se sont rendus coupables d'atrocités, notamment à l'encontre des non-combattants, soient dûment châtiés conformément aux principes du droit commun. L'exemple coréen, pour frappant qu'il soit, ne saurait, par conséquent, faire admettre qu'il ne faut pas punir les crimes de guerre. Il devrait, au contraire, le principe même d'une répression judiciaire étant maintenu, orienter l'évolution du droit pénal international, non seulement vers la création d'un ou de plusieurs tribunaux internationaux ou communs à des groupes d'Etats, mais aussi vers l'aménagement des droits nationaux, en vue de tenir compte des expériences faites à l'issue de la guerre de 1939-1945.

1) Art. 49/50/129/146.

II.- PERSPECTIVES D'AVENIR

Cette harmonisation des droits nationaux, prélude à l'établissement d'une juridiction pénale internationale viable, se justifie avant tout par la nécessité de faire en sorte que les auteurs de violations du droit de la guerre ne soient pas l'objet de traitements différents suivant l'Etat au pouvoir auquel ils tombent. Quelle que soit l'étroitesse du champ d'application pratique des sanctions pénales dans ce domaine du droit international, il n'est pas inutile que les prisonniers qui seraient éventuellement poursuivis soient mis au bénéfice des principes qui régissent l'exercice de la justice pénale dans la plupart des pays, au lieu d'être assujettis à des lois d'exception comme cela a été le cas après la guerre de 1939-1945.

Mais "l'institution par voie d'accords internationaux, d'incriminations et de peines uniformes qui atteindraient les auteurs de crimes de guerre, quels que soient la nationalité de l'agent et le lieu de commission" (1), suppose une refonte et une révision de la Convention de La Haye No IV sur les lois et coutumes de la guerre. Car on ne saurait définir des infractions sans avoir déterminé au préalable avec le maximum de clarté par où passe la limite entre les actes d'hostilité qu'on admet ou qu'on tolère et ceux qu'on prohibe formellement.

1.- L'évolution et la réforme du droit de la guerre.-

Un demi-siècle après la seconde Conférence de La Haye, il n'est pas étonnant qu'un certain nombre des règles inscrites dans la Convention sur les lois et coutumes de la guerre sur terre soient dépassées, ou tout au moins discutées.

Sans doute, reste-t-il des cas où ces règles du droit de la guerre ont gardé toute leur force obligatoire. Ainsi de la mise à mort du militaire ennemi qui "ayant mis bas les armes, ou n'ayant plus les moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion" (2). Cette interdiction fait à n'en pas douter partie du droit des gens. Elle s'impose même aux ressortissants des Etats qui ne sont pas Parties à la Convention de La Haye précitée. Nul militaire ne peut aujourd'hui se sentir autorisé à achever des blessés ou à tuer les ennemis qui se rendent pour n'avoir pas la peine de faire des prisonniers, sous le prétexte qu'il n'a reçu aucune instruction contraire de ses chefs sur ce point, ou même qu'il en a expressément reçu l'ordre. Il s'agit là d'une

1) Donnedieu de Vabres, Les leçons de l'histoire et le progrès du droit pénal international, RSJDPG, 1951, p. 384 ;

2) Art. 23, litt. c, RGT.

violation manifeste des lois de la guerre.

En revanche, tout ce qui a trait à la guerre aérienne est caduc. Les conditions qui prévalaient dans ce domaine en 1907 ne sont, de toute évidence, plus les mêmes aujourd'hui. Il est donc impossible de retenir telle ou telle règle pour en déduire le caractère licite ou illicite des attaques aériennes. On fera bien néanmoins de considérer que, pendant la guerre de 1939-1945, les avis n'étaient à cet égard pas unanimes, puisque des pilotes américains ont été poursuivis par des tribunaux militaires japonais. L'attitude des sino-coréens à l'égard de certains aviateurs des Nations-Unies faits prisonniers est également digne d'attention.

On peut encore distinguer une troisième sorte de règle qui se situe en quelque sorte entre les deux extrêmes qui viennent d'être indiqués. Celles qui ont trait aux otages et aux francs-tireurs en fournissent des exemples particulièrement frappants.

a) Les otages.-

En ce qui regarde, tout d'abord, les représailles, la Conférence diplomatique réunie à Genève en 1949 a pensé disposer de suffisamment d'autorité pour les prohiber d'une manière très générale et pour interdire du même coup la prise d'otages (1). L'intention était louable et les innombrables exécutions qui avaient eu lieu pendant la seconde guerre mondiale avaient laissé trop de tragiques souvenirs pour que le problème ait pu être négligé. Mais on se demande si le procédé était adapté au but poursuivi. En rejetant d'un trait de plume la pratique évidemment odieuse, et qui plus est stérile, des représailles, les représentants gouvernementaux paraissent avoir agi comme l'aurait fait le législateur d'un pays doté d'un pouvoir judiciaire capable de faire respecter les lois en toute occasion. Dans une société d'Etats d'où tout gouvernement commun, c'est-à-dire tout pouvoir de coercition efficace est encore absent - la guerre de Corée ne l'a que trop montré - ils ont fait un acte de foi en admettant que les Etats renonçaient par avance à toute opération de justice propre. Ils ont raisonné comme si l'Etat victime d'une violation du droit de la guerre dans la personne ou les biens de ses ressortissants, pouvait avec succès se plaindre à une autorité commune et réclamer le châtiment des coupables par les voies d'une justice organisée. Ce faisant, ils ont pour le moins anticipé sur un avenir encore mal défini.

Qui peut imaginer que le belligérant dont les navires-hôpitaux seraient, par exemple, systématiquement coulés par l'ennemi, s'abstiendrait de toute mesure de représailles, ou que

1) Art. 33, al. 3 et 34 de la Convention de Genève No IV du 12.8.49 ; cf. A.R. Albrecht, War Reprisals in the War Crimes Trials and in the Geneva Conventions of 1949 (AJIL, Vol. 47, Oct. 1953, p. 590) ; J.S. Pictet, Commentaire, I, art. 46, p. 383.

le commandant de troupes d'occupation décimées par des guérillas se bornerait à relever ses morts sans prendre d'énergiques mesures pour garantir à l'avenir la sécurité de ses soldats et le maintien de "l'ordre et de la vie publics" ? (1).

Les représailles, il est vrai, n'aboutissent qu'à une surenchère dans le crime et l'esprit de résistance des populations qui en sont victimes s'en trouve raffermi, même lorsque l'occupant a réussi provisoirement à rétablir le calme en répandant la terreur. Mais si de telles conclusions s'imposent à l'esprit, parce qu'elles procèdent de la raison, il semble que les chefs militaires ne puissent les admettre, lorsqu'ils sont effectivement engagés dans la lutte. Ici, la raison pratique, qui prend volontiers le nom de nécessité militaire, commande la réaction, car le chef militaire qui laisse faire démontre sa faiblesse et signe sa perte. Et comme les Manuels militaires de la plupart des pays se gardent de prohiber la prise d'otages, quand même ils ne la recommandent pas expressément (2), ces officiers feront, comme on dit, montre de fermeté. Ce qui signifie qu'ils prendront, dès le premier attentat sérieux, des mesures aussi sévères que possible afin de frapper la population de terreur et d'empêcher la récidive. Parce qu'il faudra réagir vite, ils ne penseront pas un instant à l'accroissement de difficultés qu'ils vont provoquer. Ou s'ils y songent, ce sera pour mettre en balance le danger de laisser s'organiser des guérillas désormais sûres de l'impunité et de voir saper dans l'inaction le moral de la troupe. Leur choix sera vite fait. La plupart penseront même de bonne foi témoigner d'un certain souci d'humanité en frappant très fort à la première alerte, croyant ainsi éviter d'autres carnages.

Ne serait-il pas préférable de chercher à régler la prise et l'exécution d'otages, plutôt que de l'interdire formellement ? On ne peut que souscrire aux très pertinentes suggestions que fait à ce propos M. Pierre Boissier (3). En s'inspirant, par exemple, des normes établies par le tribunal militaire américain de Nuremberg dans l'affaire List (4), on pourrait prévoir qu'avant de prendre des otages, l'occupant serait tenu d'appliquer une série de mesures plus clémentes - recensement, port obligatoire de passeports, établissement de zones interdites, couvre-feu, etc. - et que si ces avertissements demeurent sans effet, la prise d'otages sera entourée d'un certain nombre de garanties - participation active ou passive de la population aux attentats, lien évident entre cette population et les auteurs présumés, proclamation des noms des otages avec menace d'exécution en cas de

1) Art. 43 RGT.; comp. art. 5 et 68 de la Convention de Genève No IV de 1949 ;

2) Cf. ci-dessus ; p. 113 ;

3) P. Boissier, *L'épée et la balance*, op. cit. p. 121 et s. ;

4) *Law Reports*, Vol. VIII, p. 34.

renouvellement des attentats, jugement préalable à l'exécution.

Sans doute, ne faut-il pas se faire trop d'illusions sur le sort de telles dispositions. Mais le chef militaire qui les appliquerait pourrait répondre aux attaques menées contre ses troupes, tout en restant dans la légalité. N'ayant pas commis de crime, il aurait aussi beaucoup moins de risques de provoquer des contre-mesures de la part de ses adversaires. La violation de l'interdiction absolue est beaucoup plus probable que celle des conditions fixées à l'exercice des représailles. Elle est en même temps beaucoup plus dangereuse, car le violateur sera laissé à l'inspiration du moment, c'est-à-dire aux mesures extrêmes dictées par la colère et le besoin de vengeance.

b) Les partisans et francs-tireurs. -

Les actes d'hostilité commis par la population civile, soit en territoire occupé, soit sur le territoire d'une Partie au conflit ont toujours été considérés comme des violations des lois de la guerre par les Puissances de l'Axe. Mais comme c'était le cas pour les représailles avant la Convention de Genève de 1949, aucun traité ne prévoyait expressément la conduite à tenir à l'égard des partisans et francs-tireurs capturés. Fallait-il les traiter comme prisonniers de guerre, comme les Puissances victorieuses l'ont soutenu ? Ou l'occupant pouvait-il les passer par les armes, même sans jugement préalable ?

La plupart des procès de crimes de guerre ouverts en Europe après 1945 ont été précisément dirigés contre des militaires allemands convaincus d'avoir lutté contre les résistants d'une manière contraire aux lois de la guerre. L'étude de ces jugements montre que, sur ce point, le droit des gens était incertain, et que de nombreuses vies humaines auraient pu être épargnées si les droits et devoirs réciproques de l'autorité occupante et des civils ressortissants du pays occupé avaient été mieux définis.

La Conférence de Genève de 1949 n'a pas procédé ici par interdiction, comme elle l'a fait dans le cas de la mise à mort d'otages. Elle s'est contentée de faire figurer les partisans parmi les personnes qui, d'après la Convention No III, sont prisonniers de guerre lorsqu'elles tombent au pouvoir de l'ennemi. Mais la protection n'est accordée qu'à la condition de faire partie de mouvements de résistance organisés et de se conformer aux quatre conditions déjà énoncées par la Convention de La Haye de 1907 pour pouvoir prétendre à la qualité de belligérant (1).

Voilà de nouveau une barrière bien fragile.

- 1) a) d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ; b) d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ; c) de porter ouvertement les armes ; d) de se conformer dans leurs opérations aux lois et coutumes de la guerre ; (art. 1er).

Seule, la résistance officielle et collective est protégée, sous les réserves qu'on vient de dire. La résistance individuelle et toutes les formes de guérillas qui ne répondent pas aux conditions fixées pour la reconnaissance de la qualité de prisonniers de guerre ne sont admises qu'au bénéfice du doute. La Convention prévoit que la protection conventionnelle leur est accordée "jusqu'à ce que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent". Mais il faut pour cela que leur appartenance à l'une des catégories de prisonniers de guerre énumérées par la Convention soit douteuse (1).

Ce qui signifie que les résistants qui seront pris sur le fait, c'est-à-dire les armes à la main, mais sans signe distinctif fixe et reconnaissable à distance - comme cela a été le cas de la très grande majorité des francs-tireurs capturés au cours de la guerre de 1939-1945 - sont exclus du bénéfice de la Convention III (prisonniers de guerre), car leur non-appartenance à l'une des catégories de prisonniers de guerre est manifeste. Aucun doute ne va naître à leur sujet dans l'esprit des autorités d'occupation qui se considéreront dès lors fondées à leur faire subir le traitement le plus rigoureux.

Il est vrai qu'en échappant à l'application de la Convention de Genève No III, les civils qui ont commis des actes d'hostilité peuvent réclamer le bénéfice de la Convention No IV (civils), dont l'art. 4 protège "les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent en cas de conflit ou d'occupation au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes" (art. 4). Mais la nécessité de se protéger contre les espions, les saboteurs, et d'une manière générale, contre les personnes qui font l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité d'une Partie au conflit, ou selon les cas, d'une Puissance occupante, a fait introduire d'importantes dérogations à l'art. 5. Bien qu'on prévoie qu'en tout état de cause ces personnes devront bénéficier d'un traitement humain, et, "en cas de poursuites", d'un jugement régulier, il faut craindre que ces dispositions dérogatoires qui intéressent au premier chef la sécurité du pays et de l'armée, ne soient interprétées d'une manière extensive.

Ces deux exemples montrent qu'en l'état actuel des relations internationales, et plus encore en temps de guerre qu'en temps de paix, un certain équilibre des intérêts est le plus sûr garant des engagements pris. La morale n'a que peu de part dans ce calcul. Comme l'observe très justement M. Pierre Boissier, on obtient beaucoup plus des belligérants en leur représentant quel est leur avantage bien compris, qu'en faisant appel à la parole

1) Art. 5, al. 2 ; cf. P. de La Pradelle, op. cit.

donnée (1). Or, si la réciprocité prend le plus souvent la forme négative de la loi du talion, il existe des domaines où elle peut jouer dans le sens d'une mutuelle renonciation à des excès qui n'apportent aucun bénéfice à leurs auteurs.

C'est le cas des blessés et malades, auxquels les Conventions de Genève ont depuis 1864 accordé un statut qui ne semble jamais avoir été mis en question. Il en va de même pour les prisonniers de guerre qu'on peut épargner sans compromettre l'issue du combat. Bien que la notion de guerre totale implique la recherche des moyens de nuire à l'ennemi dans tous les domaines imaginables, il existe donc un certain nombre de situations protégées que les belligérants n'ont pas d'intérêt majeur à violer ou qu'ils ont même un certain intérêt à respecter. Outre la réprobation morale que soulève le bombardement d'un hôpital, le maigre bénéfice qu'une telle opération comporte du point de vue militaire permet d'escompter avec quelque chance de succès que les belligérants s'abstiendront de recourir à de telles méthodes de combat.

Ainsi, chaque fois que la lutte armée présente ce qu'on pourrait appeler un "angle mort", il devrait être possible d'étendre ou de raffermir la protection des non-combattants. Mais on ne gagne rien à ignorer les nécessités militaires, lorsqu'elles sont l'expression d'une réalité et non d'un prétexte.

Il faut souhaiter dans cet ordre d'idées que les études qui sont actuellement entreprises en vue de protéger les populations civiles contre les bombardements aériens puissent aboutir à des résultats concrets. La guerre de Corée a montré une fois de plus combien l'extension de la notion d'objectif militaire avait causé de ravages parmi les non-combattants. Là, cependant, on doit craindre que les grandes Puissances, dont tout le système de sécurité est basé sur le recours à l'arme aérienne, ne restent sourdes aux objurgations dont elles pourraient être l'objet en vue d'épargner d'inutiles sacrifices de vies humaines. Les méthodes actuelles de bombardement aérien - sans même parler de l'emploi des armes aveugles telles que les engins thermonucléaires - demeureront les mêmes aussi longtemps qu'il sera prouvé qu'en rasant des villes entières, on sape le potentiel de résistance de l'ennemi, au lieu de le stimuler. Le procédé est efficace - la capitulation du Japon l'a montré - et peu coûteux pour celui qui l'emploie et rien n'indique qu'on accepte effectivement d'y renoncer à l'avenir (2).

1) P. Boissier, op. cit.

2) Cf. R.J. Wilhelm, Les Conventions de Genève et la guerre aérienne (RICR., Janvier 1952).

2.- L'incrimination des faits de guerre en droit pénal interne.

L'importance du mouvement législatif qui a suivi la seconde guerre mondiale montre à quel point les codes pénaux de la plupart des pays contenaient de lacunes dans le domaine de la sanction des lois de la guerre. A l'exception du pillage, de la destruction sans nécessité militaire, et de diverses dispositions concernant les réquisitions abusives et illégales, le fait de dépouiller un militaire blessé, malade ou mort, l'usurpation du signe de la Croix-Rouge, etc., la majorité des interdictions et limitations contenues dans les lois et coutumes de la guerre ne faisaient pas encore partie des législations internes.

Pressés de punir, les législateurs nationaux ont recouru aux expédients que l'on sait (1). Non seulement ils ont fait litière de la règle cardinale de la non-rétroactivité des lois pénales, mais ils ont encore créé des dispositions spéciales assimilant une série de faits de guerre aux crimes de droit commun dont les définitions légales étaient les plus voisines. En effet, si la solution de l'interprétation législative est déjà critiquable en elle-même, elle devient franchement inadmissible lorsqu'elle permet d'assortir de sanctions en droit interne des interdictions ou des limitations dont le fondement en droit international prête le flanc aux plus sérieuses contestations.

C'est le cas, notamment, des dispositions par lesquelles on a voulu châtier l'appartenance à certaines organisations dites de "terrorisme systématique", en recourant à la notion d'association de malfaiteurs (art. 2, ch. 2 de l'ordonnance française, art. 2, ch. 2 de la loi luxembourgeoise), chaque fois que les règles ordinaires de la complicité ne permettaient pas de saisir avec suffisamment d'efficacité les membres de ces organisations directement responsables des crimes perpétrés (2).

La loi belge, il est vrai, semble avoir surmonté ces difficultés de qualification en définissant le crime de guerre comme une infraction à la loi belge et au droit international. Ce faisant, le législateur belge a certainement limité le champ d'application de la répression par comparaison avec le système franco-luxembourgeois. Car toute condamnation devenait impossible lorsque le droit de la guerre ne contenait aucune interdiction, ou seulement des règles imprécises. La jurisprudence de la Cour de cassation belge en témoigne (3). Mais si cette solution

1) Voir ci-dessus ; p. 53 ;

2) Voir ci-dessus ; p. 110 ;

3) RDPC, Juillet 1949, p. 986 ; Avril 1951, p. 863 ; Mai 1951, p. 989 ; cf. ci-dessus, p. 79.

a le mérite de donner une appréciable, quoique relative, sécurité à l'accusé, elle présente en revanche l'inconvénient de laisser une trop grande marge d'appréciation aux tribunaux. Ainsi, le juge est-il contraint de chercher lui-même des éléments légaux du crime dans l'interprétation des traités internationaux qui relèvent du pouvoir exécutif qui les a signés et non des tribunaux chargés de les appliquer.

Il semble donc, sans chercher d'autres exemples, que les définitions données du crime de guerre dans les différents textes nationaux ne constituent pas des solutions satisfaisantes du problème de l'application du droit pénal interne aux violations du droit de la guerre. Leur portée est le plus souvent limitée à la guerre de 1939-1945, et aux crimes commis par les membres des forces ennemies. L'une des premières tâches qui vont, par conséquent, se présenter aux législateurs nationaux va consister à substituer à cet ensemble de textes résolument tournés vers le passé et contre des criminels déterminés d'avance, des dispositions de portée plus générale assurant une protection pénale mieux équilibrée des lois et coutumes de la guerre.

a) La protection pénale interne des Conventions de Genève de 1949.-

A cet égard, l'adoption des Conventions de Genève de 1949 va marquer, il faut l'espérer, une étape décisive. En effet, chacune des Parties contractantes s'engage à légiférer en vue d'assurer la protection pénale de ces Conventions. Sans doute, ne vise-t-on que les dispositions de 1949, mais on doit souhaiter que les autres traités internationaux concernant le droit de la guerre, tels la Convention de La Haye de 1907 ou le Protocole de Genève de 1925 fassent l'objet de mesures internes du même ordre.

Les articles communs aux quatre Conventions de Genève de 1949, déjà cités à plusieurs reprises dans les chapitres qui précèdent (1), appellent plusieurs observations quant à leur économie générale.

On sait que l'art. 49/50/129/146 prescrit aux Parties contractantes de légiférer "pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis ou donné l'ordre de commettre l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définie à l'article suivant". Et l'art. 50/51/130/147 énonce, en effet, dans une liste qui ne paraît d'ailleurs pas exhaustive (2), une série d'infractions qu'il qualifie de graves.

C'est, après la fin de la seconde guerre mondiale, la première fois que sont définis avec une certaine exactitude les points sur lesquels il importe que les lois nationales soient

1) V. ci-dessus, p. 124, 147, 198, 231 et 387 ;

2) C. Pilloud, Les sanctions pénales dans la première Convention de Genève (blessés et malades) du 12.8.49, p. 23-24.

complétées, s'il y a lieu. Jusque là, les associations savantes, comme le Congrès pour l'unification du droit pénal, réuni à Bruxelles en 1947, ou les institutions spécialisées des Nations Unies comme la Commission du Droit international, ou le Comité spécial chargé d'élaborer un projet de juridiction pénale internationale, paraissent s'être bornés à prévoir sans plus de précision que "les infractions aux lois et coutumes de la guerre devraient entrer dans la compétence du tribunal international à créer et figurer dans la loi pénale qu'il aurait à appliquer." On s'était abstenu jusque là d'accompagner cette indication d'une liste des principales violations du droit de la guerre. La Commission du Droit international avait estimé pour sa part que les lois et coutumes de la guerre n'avaient pas encore "la précision nécessaire pour autoriser une telle énumération" (1).

Les plénipotentiaires réunis à Genève en 1949 ne se sont pas laissés arrêter par cette objection. Que faut-il penser de leur liste ?

Sont des infractions graves aux termes de l'art. 50/51/130/147 "s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention : l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé". Les Conventions I (blessés et malades), II (maritime) et IV (civils) comportent en outre : "la destruction et l'appropriation de biens, non-justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire". Les Conventions III (prisonniers de guerre) et IV comprennent également : "Le fait de contraindre à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie ; le fait de priver une personne protégée de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement selon les prescriptions des Conventions". Enfin, la Convention IV mentionne encore : "Déportation et transferts illégaux, détention illégale, prise d'otages" (2). On notera que l'abus du signe de la Croix-Rouge prévu par les art. 53 et 54 de la Convention I, et 44 et 45 de la Convention II n'est pas une infraction grave.

Cette énumération a bien de quoi surprendre.

-
- 1) C. Pilloud, Les sanctions pénales dans la première Convention de Genève (blessés et malades) du 12.8.49, p. 11-12 ;
 - 2) Cf. H.H. Jescheck, La protection pénale des conventions humanitaires, Rapport présenté au VIème Congrès international de droit pénal, Rome 1953 (RIDP, 1953, p. 20-21) ; comp. Strebel, Die strafrechtliche Sicherung humanitärer Abkommen (Zeitschrift für ausl. Recht u. Völkerrecht, Heidelberg, Vol. 15, Oct. 1953, p. 3).

Sans doute, les Conventions de Genève ne sont-elles pas destinées à établir un véritable code international des crimes de guerre violant les lois de la guerre de caractère humanitaire. Les listes d'infractions qui viennent d'être citées n'ont donc qu'une valeur indicative et non celle de véritables définitions légales. Elles sont principalement, sinon même exclusivement destinées à désigner les infractions dont le caractère de gravité est tel que les Parties contractantes ont une obligation absolue de poursuivre leurs auteurs et complices. Ici, le principe de l'opportunité des poursuites ne paraît pas pouvoir s'appliquer, bien qu'en pratique, on doive douter, ainsi qu'on a déjà cherché à le démontrer plus haut, qu'une répression adéquate puisse être utilement organisée tant que les tribunaux nationaux sont contraints de siéger sous la pression plus ou moins manifeste des représailles possibles de l'ennemi.

On s'étonnera néanmoins de voir figurer côte à côte des notions aussi générales que l'homicide volontaire, la torture et les atteintes à l'intégrité corporelle et à la santé, d'une part, et, d'autre part, des notions appartenant spécifiquement au domaine du droit de la guerre, comme la prise d'otages (qui, dans ce cas, serait d'ailleurs aussi un homicide volontaire), l'enrôlement forcé dans les forces ennemies, le pillage ou la destruction non justifiés par les nécessités militaires. Il y a entre ces deux catégories de faits une disparité évidente.

La logique eût commandé, ou bien de s'en tenir à des désignations conçues en termes très généraux, ou bien de formuler de véritables définitions. Mais les traités internationaux sont généralement le résultat de laborieux compromis et les Conventions de 1949 n'échappent pas à la règle : les deux méthodes ont été concurremment appliquées, au risque de provoquer une certaine confusion.

La première, celle des désignations très générales, semble avoir été utilisée jusqu'à la Conférence diplomatique. En effet, c'est à la suite d'un amendement néerlandais que l'énumération "au lieu d'être indicative et générale, comme dans l'art. 40 proposé par le C.I.C.-R. en 1948, devenait limitative et multiple, la liste des infractions graves devant figurer dans chacune des Conventions avec des modalités variables pour la Convention prisonniers et pour la Convention civils" (1).

En dépit de ce profond changement de nature de la liste des infractions graves, il paraît évident que les législateurs nationaux ne pourront introduire telles quelles les notions plutôt évoquées que définies par les dispositions conventionnelles, sans faillir à leur tâche qui est précisément de fournir aux tribunaux des définitions claires et précises, assorties de peines déterminées. On s'est arrêté à mi-chemin entre l'énumération

1) P, de La Pradelle, p. 256.

complète de toutes les infractions graves et une tentative de définir au moins quelques-unes d'entre elles. L'art. 50/51/130/147 conserve donc un caractère essentiellement indicatif pour ceux qui seront chargés d'incorporer au droit interne les infractions dont il donne la liste.

Quant aux infractions qui ne sont pas des infractions graves, chaque Partie contractante doit prendre les mesures nécessaires pour les "faire cesser" (art. 49/50/129/146, al. 3). Par où il faut entendre qu'elle ne saurait moins faire que de les poursuivre et de les punir, comme s'il s'agissait d'infractions graves.

Mais, pour cette seconde catégorie d'infractions, la Convention a recouru à une formule qui laisse aux Parties contractantes le choix des moyens. Ses auteurs n'ont notamment pas jugé utile de stipuler la double responsabilité de l'Etat et de l'individu qui est prescrite pour les infractions graves. Etant donné la place attribuée à l'alinéa 3, la Puissance au pouvoir de laquelle se trouve l'auteur d'une infraction qui n'est pas une infraction grave ne sera apparemment pas obligée de donner suite à une demande d'extradition.

L'universalité de la répression (1) n'est donc assurée que pour les infractions énumérées à l'art. 50/51/130/147. Il importait probablement dans l'esprit des participants à la Conférence que les crimes les plus graves fassent au moins l'objet d'une répression adéquate de la part des Puissances intéressées, belligérantes ou non.

b) Les problèmes de technique législative posés par les Conventions de Genève.—

L'obligation de légiférer ainsi mise à la charge des Puissances parties aux Conventions de 1949 pose une question de méthode : comment les législateurs nationaux doivent-ils introduire dans le droit interne les infractions graves énumérées à l'art. 50/51/130/147 ?

Trois solutions se présentent à l'esprit : la première consiste à insérer dans le code de justice militaire un seul article déclarant punissables les infractions graves aux Conventions de Genève, soit en fixant une peine uniforme, soit en se référant à une disposition déjà existante, comme la violation des devoirs de service. La seconde se caractérise, au contraire, par l'introduction dans le droit interne d'autant de dispositions nouvelles que les Conventions définissent - ou plus exactement suggèrent - d'infractions graves. La troisième solution est un moyen terme. Elle se borne à légiférer exclusivement dans les cas où

1) Cf. Pilloud, op. cit. p. 22-23 ; comp. au sujet des "autres infractions" l'obligation de diffusion du texte des Conventions dans les programmes d'instruction militaire et civile : art. 47/48/127/144.

les définitions du droit commun paraissent inapplicables aux faits de guerre qu'on désire incriminer, les tribunaux étant ainsi chargés de résoudre eux-mêmes les cas-limites où des problèmes de qualification viendraient à se poser.

Le système de la clause générale semble avoir été appliqué en Suisse et aux Pays-Bas.

Une loi fédérale du 21 décembre 1950, faisant suite à l'obligation inscrite à l'art. 49/50/129/146, al. 1, commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949, a complété le code pénal militaire suisse du 13 juin 1927 par une disposition générale nouvelle, l'art. 109, insérée au Chapitre VI (Infractions commises en guerre contre le droit des gens) de la deuxième partie (Des divers crimes ou délits) du Livre premier (Droit pénal militaire) : "Celui qui aura contrevenu aux prescriptions de Conventions internationales sur la conduite de la guerre et pour la protection des victimes de la guerre, sera puni pour violation des devoirs du service selon l'article 72, sauf si des dispositions plus sévères du présent code sont applicables" (1). L'art. 72 punit "l'inobservation d'un règlement ou d'autres prescriptions générales de service" de l'emprisonnement pour six mois au plus. En temps de guerre, le juge peut prononcer la réclusion (1 à 20 ans - art. 28) ou l'emprisonnement (de trois jours à trois ans - art. 29). On a estimé en Suisse que les dispositions générales du Code pénal militaire sur les crimes ou délits contre la vie et l'intégrité corporelle (art. 115 à 128) permettaient d'assurer sur le territoire de la Confédération la répression des infractions graves désignées par les Conventions de Genève sous l'expression d'homicide intentionnel, de torture, de traitements inhumains, d'expériences biologiques, de grandes souffrances. De même, la destruction et l'appropriation de biens non-justifiées par les nécessités militaires sont déjà prévues par les dispositions relatives aux dommages à la propriété (art. 135), au vol (art. 129) et à l'incendie (art. 160). Ces définitions générales matérialisent la réserve dont la clause générale de l'art. 109 CPMS est tempérée dans l'hypothèse où des "dispositions plus sévères du présent code sont applicables". En revanche, les Conventions de Genève impliquent la nécessité de réprimer des faits de guerre qui n'entrent apparemment ni dans les prévisions des dispositions générales qui viennent d'être citées, ni dans celles des "infractions commises en temps de guerre contre le droit des gens" qui font l'objet du Chapitre VI déjà mentionné. Parmi les infractions graves, on peut citer le fait de contraindre à ser-

1) Recueil des lois fédérales, 1951, p. 437; cité par Jescheck, op. cit. RIDP, 1953, p. 27 ; cf. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 19.6.50 (Feuille fédérale, 102, II, 1950, p. 271); (Annuaire suisse du droit international, Vol. VIII, 1951, p. 195).

vir dans les forces armées de la Puissance ennemie (art. 130 de la Convention III et 147 de la Convention IV) et la prise d'otages (art. 34 de la Convention IV). Parmi les autres infractions, toutes les violations des prescriptions concernant le traitement des blessés et malades et la captivité de guerre.

Dans ces derniers cas, l'art. 109 nouveau du Code pénal militaire suisse, combiné avec l'art. 72, est seul applicable. Ainsi, la prise et l'exécution d'otages qui implique cependant mort d'homme ne pourrait théoriquement être punie en droit suisse que de la réclusion (1). On observera d'ailleurs que le législateur suisse s'était déjà montré d'une grande prudence dans la fixation des peines applicables aux infractions du Chap. VI précité. L'emploi de moyens de combat illicites, l'abus du signe de la Croix-Rouge, le fait de tuer ou de blesser un ennemi qui se rendait, ou de mutiler un ennemi mort, la rupture d'un armistice ou de la paix, ne sont punis que de l'emprisonnement et, dans les cas graves, de la réclusion pour un maximum de 20 ans. Les actes d'hostilité contre les personnes ou le matériel placé sous la protection de la Croix-Rouge, qui peuvent théoriquement aller jusqu'au bombardement d'hôpitaux ou de lazarets de campagne, ne sont passibles que de l'emprisonnement seulement comme peine la plus forte. Il en va de même pour les infractions contre un parlementaire. Cette mansuétude s'explique dans une certaine mesure par le caractère incertain de nombreuses règles du droit international et la difficulté que le personnel militaire peut avoir à reconnaître les limites que lui imposent les lois et coutumes de la guerre dans la conduite des hostilités.

Aux Pays-Bas, la loi sur la fixation du droit pénal de guerre du 10 juillet 1952 représente également une mesure d'exécution des nouvelles Conventions de 1949. L'art. 8, al. 1, rend toute violation des lois et coutumes de la guerre passible de l'emprisonnement. Il est intéressant de voir que des circonstances aggravantes sont prévues à l'art. 8, al. 2 et 3, en cas, notamment, de traitements inhumains et d'emploi illicite de l'emblème de la Croix-Rouge (2).

En revanche, ni la Belgique, ni le Luxembourg ne contiennent d'incriminations spéciales des crimes contre le droit des gens, à l'exception des lois sur la répression des crimes de guerre qui ont été mentionnées ci-dessus. Quant à l'Allemagne, son

- 1) Cf. Dr J. Eugster, La protection pénale des conventions internationales humanitaires du point de vue suisse, Rapport présenté au VIème Congrès de l'Association internationale de droit pénal, Rome, 1953 (RIDP, 1953, p. 52) ;
- 2) Cf. M.W. Mouton, La protection pénale des conventions internationales humanitaires, Rapport au VIème Congrès de l'Association int. de droit pénal (RIDP, 1953, p. 851).

Code pénal militaire du 10 octobre 1940 a été abrogé par la Loi No 34 du 20 août 1946 du Conseil de contrôle allié. Les incriminations spéciales qu'il contenait au sujet, notamment, du pillage (art. 129), de la dévastation (art. 132) et du détournement (art. 134) ont, par conséquent, disparu et devront faire l'objet de mesures législatives appropriées en cas d'adhésion de la République fédérale aux Conventions de Genève de 1949 (1).

La solution de la codification détaillée des infractions au droit des gens est illustrée par le Code pénal militaire italien (Codice penale militare di guerra) dont les art. 165 à 236 renferment une réglementation très complète dans le domaine des lois et coutumes de la guerre. A noter que l'art. 219 considère encore la prise d'otages comme licite. D'autre part, le fait de priver une personne de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement n'est punissable que lorsqu'il s'agit d'espions et de francs-tireurs (art. 183). Comme le relève M. Jescheck, l'Italie sera probablement amenée à prendre des mesures législatives en vue d'harmoniser sur ces deux points son code pénal militaire avec les dispositions des Conventions de 1949 (2).

La Yougoslavie a également modifié son code pénal suivant une méthode analogue à celle de la loi italienne. Une loi du 27 février 1951 réprime les crimes de guerre contre la population civile (art. 125), contre les blessés et malades (art. 126), contre les prisonniers de guerre (art. 127). L'art. 129 punit - comme l'art. 112 du code pénal militaire suisse - le fait de tuer ou de blesser un ennemi qui a déposé les armes.

L'art. 131 prévoit le traitement inhumain des blessés et malades, et l'art. 133 l'abus du signe de la Croix-Rouge dans la zone des combats. Ces dispositions sont détaillées et reprennent souvent la terminologie adoptée par l'art. 50/51/130/147 des Conventions (3).

M. Jescheck recommande pour sa part la solution intermédiaire du "recomplètement" du droit pénal commun et du droit pénal militaire au moyen de dispositions spéciales. Le système de la clause générale, estime-t-il, présente l'inconvénient de criminaliser des infractions de peu de gravité, arbitrairement mêlées aux infractions graves limitativement énumérées par les Conventions. Il supprime, en outre, l'avantage de l'exemplarité qui est attaché aux définitions précises du code pénal. Il remet en fait au juge le soin de chercher lui-même dans le droit international, les éléments qui lui permettront de reconnaître le caractère criminel des actes poursuivis. Sans préten-

- 1) Jescheck, op. cit. p. 16 ;
- 2) Ibidem, p. 26 ; cf. aussi Meranghini et Pittaluga (RIDP., 1953, p. 834) ;
- 3) Cf. Jescheck, op. cit. p. 28.

dre restreindre le pouvoir d'appréciation des tribunaux qui doit ici demeurer étendu, il semble, en effet, plus judicieux de prévoir des définitions spéciales pour les infractions graves les plus importantes (1). Sous ce rapport, le système appliqué en Italie et en Yougoslavie est certainement préférable aux solutions néerlandaise et suisse, qui laissent trop de problèmes de qualification à la charge des tribunaux. En revanche, la méthode de la codification complète de toutes les infractions aux Conventions de Genève ou même aux lois et coutumes de la guerre en général entraîne, selon M. Jescheck une inévitable surcharge des lois pénales communes par l'introduction d'un très grand nombre d'interdictions et de limitations qui, dans certains cas, font double emploi avec les définitions générales déjà existantes dans le droit pénal interne.

M. Jescheck est d'avis que des mesures législatives spéciales devraient être prises afin de rendre punissables les actes de représailles illicites dirigés contre des personnes ou des biens protégés (art. 46 de la Convention I, art. 47 de la Convention II, art. 13, al. 3, de la Convention III et art. 33, al. 3, de la Convention IV), les actes d'hostilité à l'encontre des personnes, des installations et du matériel placés sous la protection du signe de la Croix-Rouge, le refus ou le retrait du statut de prisonnier de guerre (art. 5 et 85 de la Convention III), le fait d'employer la population civile à des travaux prohibés (art. 51 de la Convention IV), le défaut de protection des prisonniers de guerre et des personnes civiles protégées contre les actes de violence, l'intimidation, les insultes et la curiosité publique (art. 13, al. 2, Convention III ; art. 27, al. 1, Convention IV), l'application de peines collectives interdites (art. 87, al. 3, de la Convention III ; art. 33, al. 1, de la Convention IV).

c) La loi-type.

Il est très heureux que plusieurs pays se soient déjà attachés à prendre les mesures législatives auxquelles ils s'étaient engagés en signant les Conventions humanitaires de 1949. On peut aussi se féliciter de voir que certains d'entre eux - les Pays-Bas et la Suisse - ont étendu leur système de sanctions pénales aux lois et coutumes de la guerre en général, dépassant ainsi le cadre fixé par les Conventions de Genève.

En revanche, il faut déplorer une certaine absence de coordination entre les diverses Puissances intéressées. Les solutions disparates qui ont été adoptées jusqu'ici en témoignent.

Même si les résultats sont, en définitive, partout semblables, il importe au premier chef que les dispositions pénales qui prévoient les infractions aux lois de la guerre et fi-

1) Cf. Pilloud, op. cit. p. 14.

rent les peines applicables à leurs auteurs soient rédigées sur un modèle unique. L'universalité de la répression, pierre de touche de l'efficacité et de l'équilibre des poursuites est à ce prix.

Le Sixième Congrès international de droit pénal, réuni à Rome en octobre 1953, l'a bien senti. Après avoir constaté que "dans la plus grande partie des Etats, les dispositions actuellement existantes sont insuffisantes" pour satisfaire aux obligations pénales qui résultent des Conventions de Genève, il a, en effet, voté la résolution suivante : "2.- Le Congrès considère opportun que les lois nationales d'application s'inspirent de principes communs et qu'un modèle de loi soit proposé à cet effet aux Etats ayant signé ou adhéré aux Conventions de Genève du 12 août 1949, afin que les principes directeurs et les sanctions pénales soient aussi uniformes que possible". "3.- Le modèle de loi devrait surtout essayer d'établir une définition des infractions graves prévues par les dites Conventions, en indiquant si possible leur degré de gravité. Cette législation devrait être appliquée à tous les délinquants, sans distinction de nationalité" (1).

Ainsi se dessine une certaine préférence pour la technique législative qui consiste à consigner dans une loi spéciale toutes les dispositions de fond, voire même également de forme qui devraient être appliquées uniformément dans chaque pays.

Cette entreprise de codification des principales infractions au droit des gens suppose pour chacune d'entre elles une étude approfondie qui échappe au cadre fixé à la présente étude. On se bornera à souhaiter ici, comme l'a fait M. Dautricourt (2), que cette loi, indépendante du code pénal militaire auquel elle devrait néanmoins se référer sur plus d'un point, ne retienne que des solutions simples, indiscutables, dont l'accueil à l'intérieur des législations nationales intéressées soit ainsi facilité dans la plus grande mesure possible. Il faudrait même éviter qu'on cherche là une occasion d'étendre artificiellement le champ d'application des incriminations du droit international et qu'on se borne à assortir de peines déterminées les violations de règles dont le fondement en droit des gens soit suffisamment assuré. Mieux vaut un petit nombre de dispositions pénales claires, voire même sommaires, mais universellement appliquées qu'une codification dont l'étendue et la complexité pourraient compromettre irrémédiablement la mise en oeuvre effective.

1) Cf. Pilloud, Le VIème Congrès international de droit pénal (RICR, Nov. 1953, p. 875) ;

2) Cf. A. Dautricourt, La protection pénale des Conventions internationales humanitaires (RDPC., Déc. 1953, p. 191).

Parallèlement, les Manuels militaires et les Instructions aux officiers sur la conduite des opérations militaires devraient faire l'objet des ajustements qui permettent d'éviter des divergences avec les modifications apportées par la loi fixant les sanctions pénales des infractions aux Conventions de Genève.

Enfin, il ne serait certes pas inutile que le public soit orienté d'une manière appropriée sur ses droits et surtout sur ses devoirs en temps de guerre, en vue de dissiper les illusions qui ne sont malheureusement que trop répandues à ce sujet. Une telle information est à n'en pas douter aussi nécessaire que la construction d'abris contre les bombardements aériens et il importe que des mesures soient prises dans ce sens en temps utile. (1)

3.- Les conditions de la répression.-

a) L'ordre supérieur.-

Comme on l'a déjà relevé plus haut (2), la Conférence diplomatique de Genève de 1949 n'a pas cru devoir maintenir dans les dispositions conventionnelles concernant la répression des abus et des infractions, le texte de l'art. 40 bis élaboré par les experts réunis par le C.I.C.R. sur la question de l'ordre supérieur (3). Ces experts avaient estimé nécessaire de chercher un "moyen terme propre à concilier le respect de l'ordre reçu indispensable au maintien de la discipline dans les armées, avec l'obligation de répudier tout acte de barbarie nettement apparente tel que le massacre de femmes ou d'enfants sans défense" (4). Les plénipotentiaires semblent, en revanche, avoir jugé en 1949 que la Conférence diplomatique n'avait pas à entrer dans ces considérations qui relevaient exclusivement du droit interne des Parties contractantes, ainsi laissées libres de donner à ce problème la solution de leur choix.

Cependant, et bien que la plupart des codes nationaux contiennent déjà des règles précises à ce sujet, il semble que les Puissances contractantes qui ont introduit auparavant dans leurs législations respectives des textes comme l'ordonnance française du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre, vont se trouver devant l'obligation de prendre des mesures législatives non seulement pour fixer les sanctions pénales qui doivent désormais correspondre aux infractions graves des art. 50/51/

1) Cf. cependant les publications du C.I.C.-R. sur les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Analyse à l'usage des sociétés nationales de Croix-Rouge, Genève, avril 1950 ; Résumé succinct, Commentaire de la Convention I, Genève, 1952 ;

2) Cf. ci-dessus, p. 231 ;

3) Cf. Remarques et propositions du C.I.C.-R., op. cit. p.19 ;

4) Ibidem, p. 22.

130/147 des Conventions de 1949, mais encore pour mettre les principes généraux de la répression, en harmonie avec ceux des dites Conventions. En effet, la plupart des textes adoptés au lendemain de la 2ème guerre mondiale par les Puissances alliées procèdent du principe de la personnalité des poursuites. Seuls les nationaux ennemis peuvent être qualifiés de "criminels de guerre". La qualité de sujet ennemi est une condition indispensable pour l'exercice de la répression des crimes de guerre. En revanche, les dispositions pénales des Conventions de 1949 sont basées sur le principe de la loi territoriale appliquée à tous. Les Puissances parties à ces traités internationaux sont tenues de rechercher et de traduire devant leurs tribunaux tous les auteurs d'infractions graves, qu'il s'agisse de nationaux, d'ennemis ou d'autres étrangers. Celles d'entre elles qui ont été amenées à légiférer à la fin de la guerre de 1939-1945 en vue de punir les crimes de guerre commis par les seuls allemands devront, par conséquent, modifier leur droit interne sur ce point au moins, en vue de rendre les conditions générales de la répression des crimes de guerre applicables à tous.

On aura déjà pu observer que cette nécessité de modifier le droit actuellement en vigueur existe notamment pour la France, en dépit des dispositions qui ont été prises en 1948, puis en 1953 pour permettre de traduire également des ressortissants français devant les tribunaux militaires pour crimes de guerre. En tenant compte de la loi du 30 janvier 1953, qui a modifié l'art. 3 de la loi du 15 septembre 1948, les français ne peuvent être poursuivis pour crimes de guerre qu'à la condition d'être les co-auteurs ou les complices des allemands. Bien qu'ils ne soient plus compris dans les poursuites dirigées contre les nationaux ennemis, les procédures qui les concernent ont nettement un caractère subsidiaire (1). Ces dispositions, adoptées dans la fièvre du procès d'Oradour, ne sont pas compatibles avec l'économie générale des dispositions pénales des Conventions de Genève.

Il se pose à nouveau ici une question de méthode.

En limitant pour l'instant le problème à l'art. 3 de l'ordonnance de 1944 sur l'ordre supérieur, on peut se demander de quelle manière le législateur français devra procéder en vue de rendre les dispositions pénales des Conventions de Genève applicables sur le territoire français.

Assistera-t-on à un retour pur et simple au droit commun tel qu'il résulte de l'art. 327 du Code pénal ? C'est peu probable. L'exclusion du fait justificatif tiré de la légalité interne de l'ordre supérieur semble désormais faire partie du droit international. Après le Statut de Londres de 1945 (art.8), toutes les lois nationales en matière de crimes de guerre se sont ralliées à cette solution, imposée par la crainte de voir invoquer

1) Cf. ci-dessus, p. 142.

des lois ou des règlements internes contraires, mais non inférieurs au droit international. Si la primauté du droit des gens est maintenant reconnue dans la plupart des pays (1), elle se limite pourtant aux traités dûment ratifiés et publiés, et aux règles généralement reconnues. Ce qui signifie que pour le surplus, la loi interne a le pas sur le droit externe. Il n'est donc pas complètement inutile de continuer à prévoir que l'ordre conforme à la seule loi interne n'a pas d'effet justificatif, si l'on entend rendre punissable les violations des lois et coutumes de la guerre en général, et non exclusivement les infractions graves aux Conventions de Genève. Quant à la thèse de l'obéissance passive, même aux ordres les plus manifestement criminels, il est difficile de penser, en dépit du mouvement d'opinion qui s'est manifesté dans ce sens, notamment en Grande-Bretagne, qu'elle puisse trouver maintenant une expression législative.

Dans ces conditions, va-t-on se borner, comme l'a fait le législateur néerlandais, à déclarer que les dispositions du code pénal concernant l'ordre supérieur ne sont pas applicables en matière de crimes de guerre ? (2). Estimera-t-on préférable d'insérer dans les conditions générales d'application du code de justice militaire une disposition analogue à celle du Code pénal militaire suisse de 1927 (art. 18) ou de l'ancien Code pénal militaire allemand de 1940 (art. 47) qui retiennent l'un et l'autre la responsabilité du subordonné qui s'est rendu compte qu'en donnant suite à l'ordre reçu, il participait à la perpétration d'un crime ou d'un délit ? Enfin, -solution de compromis qui constituerait un guide pour les tribunaux sans bouleverser l'application du droit interne dans la poursuite des crimes et délits qui ne seraient pas des crimes de guerre, promulguera-t-on une disposition spéciale sur l'ordre supérieur qui serait exclusivement destinée à la répression des crimes de guerre ?

Quelle que soit la solution adoptée, toute réglementation future de ce problème important devrait à notre sens s'inspirer des considérations suivantes :

En premier lieu, le maintien du principe suivant lequel l'acte conforme à la loi nationale de l'inculpé ne constitue pas une excuse légale, suppose nécessairement une modification des textes actuellement en vigueur. C'est la première conséquence de la règle de l'universalité de juridiction consacrée par les Conventions de Genève. Il n'est plus question d'exclure le fait justificatif tiré de l'acte conforme à la loi ennemie. Ce principe devrait dé-

-
- 1) Cf. art. 26 et 28 de la Constitution française de 1946 ; art. 25 de la loi fondamentale de la République fédérale allemande ;
 - 2) Cf. loi du 10.7.52, art. 10 (cité par Jescheck, op. cit. RIDP. 1953, p. 27.

sormais être énoncé d'une manière objective en faisant allusion, par exemple, au "fait, pour l'inculpé, d'avoir agi sur l'ordre d'un supérieur ou en exécution d'une prescription officielle" (1), comme l'avait prévu la commission d'experts réunis par le C.I.C.-R. après la Conférence de Stockholm (2).

En second lieu, la responsabilité pénale individuelle en matière de crimes de guerre présente des caractères si particuliers qu'il ne paraît pas suffisant de prévoir une simple atténuation de la peine, ou même l'absolution, en faveur de l'inculpé dont l'acte accompli conformément à sa loi nationale, ou aux règlements de sa propre armée ou aux ordres de ses supérieurs, ne constituait pas une violation évidente, manifeste des lois et coutumes de la guerre. Si, comme il semble, les Puissances parties aux Conventions de 1949 ne se bornent pas à rendre punissables les infractions graves qui s'y trouvent prévues, mais étendent l'application de sanctions pénales aux violations du droit des gens en général, il est indispensable de tenir compte du fait qu'il subsiste dans le droit international et, en particulier, dans le droit de la guerre nombre de règles coutumières, changeantes et incertaines. On a cherché à montrer d'ailleurs qu'à l'intérieur même des Conventions de 1949 plusieurs dispositions pouvaient prêter à discussion (notamment les art. 33, al. 3, et 34 de la Convention IV). Sans doute, peut-on en droit interne considérer avec raison que l'erreur de droit n'ôte pas son caractère illicite au crime commis. A l'intérieur d'un système législatif cohérent, l'adage "Nemo ius ..." est une fiction nécessaire. Dans le domaine encore mouvant et souvent incertain du droit international, il ne saurait être appliqué avec la même rigueur. C'est pourquoi l'effet justificatif de la loi interne ou de l'ordre supérieur doit être exclu seulement si "d'après les circonstances, l'inculpé pouvait raisonnablement se rendre compte qu'il participait à une violation "des Conventions de Genève ou des lois et coutumes de la guerre en général (3), ou encore, "lorsque l'acte reproché constituait une violation flagrante des lois et coutumes de la guerre ou des lois de l'humanité" (4).

Enfin - troisième point - si des mesures législatives doivent être prises en ce qui regarde l'ordre supérieur, il n'en va pas de même de la contrainte physique ou morale, de la légitime défense ou de l'état de nécessité. On peut seulement souhaiter dans le cas de la contrainte, que les tribunaux chargés de juger les violations du droit de la guerre témoignent dans la pratique d'une plus grande compréhension pour la situation particulière dans la-

1) Comp. l'art. 43, al. 2, du Code pénal néerlandais (Law Reports, Vol. XI, p. 98-100) ;

2) Cf. Remarques et propositions du C.I.C.-R., p. 19 ;

3) Ibidem ;

4) Comp. art. 3 de la loi belge du 20 juin 1947.

quelle se trouve parfois placé l'exécutant d'un ordre impératif. Sans doute, la preuve du fait que l'exécutant a cédé à une force à laquelle il n'a pu résister est-elle généralement difficile à rapporter. En outre, les juges français ont trop facilement admis que les subordonnés allemands pouvaient refuser d'obéir, malgré les exemples de soldats et d'officiers fusillés pour avoir cherché à se dérober à des ordres dont ils avaient reconnu le caractère criminel. A ces réserves près, le droit commun semble offrir dans ces domaines des solutions qui peuvent être aisément appliquées par les tribunaux chargés de la répression des crimes de guerre.

b) La complicité passive.—

Le souci d'élargir le champ d'application du droit pénal commun en vue de mieux assurer la répression des violations des lois et coutumes de la guerre transparaît dans chacune des dispositions adoptées par les lois nationales en matière de crimes de guerre. Presque partout, l'organisation des poursuites a provoqué certaines dérogations à la loi ordinaire. A plusieurs reprises, ces règles nouvelles ont porté de sérieuses atteintes aux droits individuels.

Ce phénomène est peut-être plus typique dans le domaine de la participation criminelle que dans aucun autre. Qu'il s'agisse de la complicité des supérieurs pour avoir "toléré" les agissements de leurs subordonnés ou de l'affiliation à certaines organisations déclarées criminelles qu'on a assimilée au crime d'association de malfaiteurs, ou encore, de l'institution de la culpabilité objective et collective, chaque fois le législateur, aux prises avec des difficultés imprévisibles dans le droit commun, s'est trouvé contraint de s'écarter dans une certaine mesure des principes traditionnels qui régissaient jusqu'alors la participation criminelle. On peut voir là d'ailleurs une preuve supplémentaire de l'impossibilité de trouver dans les infractions aux lois de la guerre tous les éléments de crimes ordinaires, et, par conséquent, de les assimiler aux crimes de droit commun (1).

L'attitude prise à l'égard des auteurs de crimes de guerre commis sur ordre commandait sans doute de prendre des mesures corollaires à l'encontre de ceux qui avaient donné ces ordres réputés criminels. Bien plus, il était même concevable qu'on fit montre d'une plus grande sévérité pour les chefs que pour les subordonnés. Pourtant, les lois et ordonnances en matière de crimes de guerre paraissent être beaucoup moins unanimes sur le problème de la participation criminelle secondaire, que sur celui de l'exception tirée de l'ordre reçu. On admet la complicité du supérieur pour les ordres donnés, mais on ne retient pas toujours sa responsabilité pour les actes qu'il a sim-

1) Comp. P. de La Pradelle, op. cit., p. 247-8.

plement "tolérés".

D'autre part, la notion de complicité par inaction est le plus souvent rejetée par le droit commun, qui ne retient l'abstention coupable que sous la forme des délits d'omission et non sous celle de la participation secondaire, pour laquelle il exige presque uniformément un acte positif. On ne se rend pas complice par une abstention.

Dans ces conditions, faut-il voir dans les dispositions exceptionnelles instituant la complicité passive en matière de crimes de guerre d'intolérables violations des droits individuels, ou tout au contraire des hardiesses qu'on ne saurait rejeter sans autre examen ? A l'exemple des problèmes qui viennent d'être énoncés, la question va se poser lorsqu'il s'agira d'assortir de sanctions en droit interne les infractions graves aux Conventions de Genève de 1949. Là aussi, l'alternative entre le retour pur et simple au droit commun et l'introduction dans le droit pénal ordinaire de la règle spéciale de l'art. 4 de l'ordonnance française du 28 août 1944, pourrait se résoudre par l'adoption d'une solution intermédiaire, tenant compte des expériences qui ont été faites en France, et à l'étranger.

Car, s'il a pu certainement paraître choquant de rendre un chef responsable d'actes dont il ne pouvait avoir connaissance, même lorsqu'ils étaient commis par des hommes relevant de son commandement, il aurait été non moins scandaleux, croyons-nous, que l'insuffisance du droit eût permis d'assurer la plus complète impunité à ceux qui ont délibérément négligé de remplir les devoirs qui leur incombaient à l'égard, par exemple, des prisonniers dont ils avaient la garde, en s'abstenant de leur assurer l'alimentation ou les soins nécessaires ou en laissant sciemment des subordonnés les maltraiter.

Il ne s'agit pas de rendre l'omission punissable comme le serait un acte positif de participation criminelle secondaire. Celui qui favorise à son insu l'exécution d'un délit ne peut évidemment en être déclaré complice (1). L'aide ou l'assistance de l'art. 60, al. 2, du Code pénal français n'est réa-lisée que dans la mesure où le complice a agi avec connaissance. Présumer cette connaissance, c'est renverser le fardeau de la preuve au profit de l'Accusation. Des poursuites pénales régulières ne sauraient s'accommoder d'une telle dispense de preuve. La complicité passive du supérieur doit donc être écartée (2).

1) Cf. Garraud, Droit pénal, III, p. 30 ;

2) Comp. cependant la loi néerlandaise du 10 juillet 1952 dont l'art. 9 semble prévoir une sanction pénale "à l'encontre de tout supérieur qui laisse de plein gré commettre un crime de guerre" (cité par Jescheck, op. cit. RDIP, 1953, p.26); comp. art. 27a, par. 3, de la loi néerlandaise du 10.7.47 (Speyer, loc. cit.).

On peut admettre en revanche que dans certains cas bien déterminés, des crimes ou certains délits particulièrement graves puissent être le résultat d'une omission et que la peine prévue pour l'infraction matérialisée par un acte positif soit également appliquée lorsque cette infraction est causée par une omission. Cette théorie du délit de commission par omission suppose, ainsi qu'on l'a déjà relevé plus haut, que le législateur ait déjà prévu les conditions dans lesquelles un fait négatif peut être puni au même titre qu'un fait positif. Les tribunaux chargés de la répression des crimes de guerre ont cru pouvoir tirer eux-mêmes des circonstances de chaque cas d'espèce les éléments permettant de déclarer certaines omissions punissables. C'est ainsi qu'ils ont rétroactivement mis à la charge des inculpés une responsabilité pénale pour des faits qui, au moment où ils sont survenus, n'étaient en réalité que moralement répréhensibles. Le procédé est en lui-même critiquable par l'effet de surprise qu'il provoque chez celui qu'on traduit ainsi en justice et par la latitude laissée au juge de punir des manquements à des devoirs qui ne sont pas juridiquement protégés. Cette substitution du juge au législateur, tolérable dans une période de crise comme celle qui a suivi la fin de la 2ème guerre mondiale, doit maintenant faire place à une méthode plus conforme au principe de la légalité des délits et des peines. Il faut souhaiter que la nécessité où vont se trouver un grand nombre de pays de parfaire leur législation interne en vue d'assurer la protection pénale des Conventions de Genève de 1949 soit précisément l'occasion de faire sur ce point un choix qui tienne compte non seulement du souci de rendre les lois de la guerre efficaces, mais aussi du respect des droits individuels et des garanties de la défense.

Cette détermination légale des devoirs dont la violation par omission peut être punissable, l'art. 13 de la Convention III (prisonniers de guerre) de 1949 semble l'avoir implicitement prévue. Cette disposition prévoit, en effet, à son alinéa premier : "Les prisonniers de guerre doivent être traités en tout temps avec humanité. Tout acte ou omission illicite de la part de la Puissance détentrice entraînant la mort ou mettant gravement en danger la santé d'un prisonnier de guerre en son pouvoir est interdit et sera considéré comme une grave infraction à la présente Convention. En particulier, aucun prisonnier de guerre ne pourra être soumis à une mutilation physique ou à une expérience médicale ou scientifique de quelque nature qu'elle soit qui ne serait pas justifiée par le traitement médical du prisonnier intéressé et qui ne serait pas dans son intérêt." Le fait que seule la Puissance détentrice soit ici visée ne signifie pas que ses agents, c'est-à-dire les membres de ses forces armées ou les fonctionnaires de l'administration civile bénéficient de l'impunité. La qualification d'infraction grave et la référence implicite qui est faite à l'art. 13o donnant la liste de cette catégorie de vio-

lations des lois de la guerre indiquent bien qu'on se trouve en présence d'une responsabilité pénale individuelle. Les législateurs nationaux auront donc à prendre les mesures législatives appropriées en vue de fixer les peines applicables aux cas de meurtre ou de sévices avec ou sans issue mortelle qui seront le résultat d'une omission illicite et dont les victimes seront des prisonniers de guerre. Ce faisant, ils rendront punissables, non seulement les instructions données en vue de réduire, par exemple, la ration alimentaire des prisonniers au point de provoquer des maladies de carence entraînant la mort ou de graves atteintes à la santé (1), mais aussi l'attitude du commandant de camp qui laisse en pleine connaissance de cause maltraiter ou même tuer les prisonniers de guerre dont il a la garde. Ici, cette inaction n'apparaît pas tant comme une complicité obligée du supérieur vis-à-vis des subordonnés auteurs des sévices ou des meurtres, que sous l'aspect de la violation délibérée, c'est-à-dire consciente et volontaire du devoir qui lui incombe personnellement de traiter les prisonniers de guerre "avec humanité". La situation serait, en définitive, la même et le supérieur serait punissable au même titre dans l'hypothèse où le résultat criminel serait provoqué par l'omission de l'inculpé, mais sans intervention active de tiers subordonnés. Ainsi du médecin, chargé de l'infirmerie du camp, qui s'abstient de donner aux prisonniers blessés ou malades les soins qu'exige leur état.

Par conséquent, l'omission est imputable ici à quiconque et non seulement aux supérieurs, comme ce serait le cas si la participation criminelle secondaire pouvait être retenue sous une forme passive. De même, elle semble pouvoir résulter aussi bien de l'intention que de la négligence, car il est parfaitement concevable que le manquement à un devoir ne soit pas nécessairement délibéré, mais néanmoins punissable lorsqu'il témoigne d'une imprévoyance coupable.

En ce qui regarde le cas particulier du supérieur, les règles suivantes semblent pouvoir être tirées de la pratique généralement suivie par les tribunaux militaires en matière de crimes de guerre, compte tenu cependant du cadre fixé par les Conventions de 1949.

- 1.- L'existence d'un devoir positif prévu par la loi est la condition "sine qua non" de la mise en oeuvre d'une telle forme de responsabilité. En revanche, il ne serait évidemment pas nécessaire que ce devoir fût lié à l'exercice d'un commandement. L'obligation de protéger les prisonniers de guerre contre les actes de violence incombe à tous ceux qui en ont la garde et non pas seulement au commandant du camp où ils sont internés.

1) Cf. C. Pilloud, La protection pénale des Conventions internationales humanitaires (RIDP, 1953, p. 673).

Il en va de même pour les actes ou omissions entraînant la mort ou mettant gravement en danger la santé. Il faut en tout état de cause que l'Accusation fasse la preuve d'une faute personnelle commise par l'inculpé ;

Le supérieur n'est donc pas responsable dans la mesure où il a "toléré" les agissements criminels de ses subordonnés. Il faut qu'en s'abstenant d'intervenir, il ait violé un devoir juridiquement protégé.

2.- A moins d'avoir été personnellement en mesure d'empêcher un crime par son action immédiate, notamment parce qu'il aura eu connaissance d'actes préparatoires ou même d'un commencement d'exécution, le supérieur ne pourrait être poursuivi pour avoir omis de prévenir les crimes dont ses hommes pourraient éventuellement se rendre coupables. On ne saurait lui attribuer un don de divination qui lui permette de savoir d'avance que ses hommes vont se comporter contrairement au droit. Si son attention n'a pas été expressément attirée sur le comportement répréhensible de la troupe, notamment par les rapports qui lui sont envoyés par les échelons intermédiaires, il a le droit de présumer que ses ordres sont exécutés d'une manière régulière et on ne saurait le tenir responsable d'agissements qu'il n'a pas effectivement connus. En revanche, c'est à juste titre qu'on lui fera grief de n'avoir pris, le sachant et le voulant, aucune mesure pour faire cesser les crimes commis et pour châtier leurs auteurs. Mais dans ce dernier cas, on ne le retiendra pas comme complice puisque son attitude passive serait postérieure aux faits principaux. Sa culpabilité sera donc subordonnée à la violation du devoir de protection qui lui incombait à l'égard des prisonniers dont il avait la garde ;

3.- Enfin, et contrairement aux dispositions concernant la connaissance des actes criminels commis par des subordonnés qui ne devrait jamais être présumée, on considérera que tout supérieur a, par définition, le pouvoir de se faire obéir et, par conséquent, de faire cesser les crimes de ses subordonnés. Sur ce point, ce sera à l'inculpé d'établir que les circonstances dans lesquelles il se trouvait étaient telles qu'il avait perdu le contrôle de ses hommes.

On remarquera, d'autre part, que les plénipotentiaires qui ont élaboré les Conventions de 1949 n'ont pas adopté pour la protection des personnes civiles en temps de guerre (Convention IV) une disposition parallèle à celle de l'art. 13 de la Convention III.

Sans doute, les personnes civiles protégées doivent-elles être traitées, elles aussi, avec humanité. Cependant, l'art. 27 de la Convention IV n'ajoute pas, comme l'art. 13, de la Convention relative aux prisonniers de guerre que tout acte ou omission illicite commis à leur encontre doit être considéré comme une in-

fraction grave. Les législateurs nationaux seraient néanmoins bien inspirés de prévoir également une sanction pénale pour les cas d'homicide ou d'atteintes à l'intégrité corporelle causés par une omission qualifiée, au moins lorsque les personnes civiles protégées se trouveront en état d'arrestation, de détention, d'internement ou de mise en résidence forcée.

c) L'association de malfaiteurs et la responsabilité collective.-

Faut-il conserver dans une loi future sur la répression des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 des dispositions permettant de punir l'appartenance à certains groupes déclarés criminels, voire même - autre question - de déduire d'un postulat de responsabilité collective une présomption de culpabilité individuelle (art. 2, ch. 2 de l'ordonnance du 28 août 1944 ; art. 1 et 2 de la loi du 15 septembre 1948, abrogés par la loi du 30 janvier 1943) ?

A ces deux questions, il convient de répondre par la négative.

1) En ce qui regarde, tout d'abord, le crime d'appartenance "à une organisation ou entreprise de terrorisme systématique, assimilée par l'art. 2, ch. 2 de l'ordonnance de 1944 à l'association de malfaiteurs des art. 265 et 266 du code pénal, on ne voit pas comment une telle disposition pourrait survivre au texte exceptionnel dont elle est issue. Sans l'interprétation extensive consacrée par l'ordonnance d'Alger, il est très douteux que les tribunaux aient admis l'application à des organismes officiels, dépendant étroitement des pouvoirs publics ennemis, des art. 265 et suivants du code pénal, nettement destinés à la lutte contre les bandes de malfaiteurs et de terroristes agissant à l'insu des autorités constituées et dans le dessein de troubler l'ordre et la vie publique. En outre, la répression de l'appartenance à certains groupes déclarés criminels supposait une déclaration collective de criminalité dont l'effet était nécessairement rétroactif, puisqu'elle émanait du jugement prononcé par le tribunal de Nuremberg les 30 septembre et 1er octobre 1946, alors que les actes d'affiliation et d'appartenance ainsi réputés criminels remontaient à plusieurs années auparavant. Ainsi, même si l'on imaginait une déclaration collective de criminalité prononcée à l'échelon national, soit par le législateur, lui-même, soit par les tribunaux chargés de la répression des infractions aux lois et coutumes de la guerre, la règle fondamentale de la non-rétroactivité des lois pénales de fond serait encore violée, puisqu'en s'affiliant à une unité ou une formation donnée, aucun militaire ne pourrait savoir d'avance s'il commet ou non un crime. De plus, la nécessité de conserver un caractère intentionnel à une telle infraction réduit considérablement son champ d'application pratique. Car l'expérience a montré que les incorporations d'office, c'est-à-dire forcées,

de militaires allemands de l'armée régulière dans les SS. et la Gestapo ont été si nombreuses et si facilement démontrées dans la plupart des cas que les condamnations qui ont pu être effectivement prononcées n'ont formé qu'une relativement petite partie des affaires transmises à la justice, où l'inculpation d'association de malfaiteurs était seule retenue.

Quant aux affiliés volontaires, leur engagement était généralement motivé par le désir d'accéder à certains emplois ou à certains postes de fonctionnaires qui exigeaient un stage préalable dans les SS. Il ne semble pas, à de rares exceptions près, que l'Accusation ait réussi à établir que les inculpés connaissaient positivement le caractère criminel des organisations dans lesquelles ils étaient entrés.

Mais dans la plupart des cas, les tribunaux se sont bornés à considérer que les accusés ne pouvaient ignorer la nature des buts poursuivis par les SS. ou la Gestapo, notamment dans le domaine de l'extermination de la race juive. Pourtant, les formations armées de SS. qui réunissaient les effectifs les plus importants de prévenus d'association de malfaiteurs étaient considérés comme des unités d'élite et comme les plus fidèles soutiens du régime. L'assimilation à une bande clandestine vouée à la perpétration de délits de droit commun n'a donc apparemment jamais effleuré l'esprit d'aucun de ces engagés volontaires. Elle conserve un caractère complètement artificiel dans la répression elle-même, car il est bien évident que l'incrimination générale de l'art. 265 du code pénal n'était pas destinée à permettre de saisir des actes de participation criminelle imputables à des nationaux ennemis agissant en temps de guerre au nom et pour le compte de la Puissance ennemie.

Enfin, l'absence de preuve d'un préjudice direct causé par les individus convaincus d'appartenance à une organisation déclarée criminelle, mais contre lesquels aucun délit particulier n'est établi, implique en cas de condamnation sur des bases aussi fragiles le prononcé d'une peine pour des délits commis par d'autres. Le principe de la personnalité des peines subit là une entorse sensible.

2) Les mêmes raisons commandent d'ailleurs également le rejet de la présomption de culpabilité individuelle, au cas de crimes imputables à l'action collective d'un groupe déterminé.

A l'encontre de l'hypothèse envisagée par l'art. 2, ch. 2, de l'ordonnance de 1944, on se trouve ici en présence d'un crime ou d'un ensemble indivisible de crimes dont la perpétration peut être imputée à un certain nombre d'individus, mais sans qu'il soit possible de déterminer la part prise par chacun d'eux à cette action collective. C'est le massacre du type de celui d'Oradour. Ici, la matérialité des crimes particuliers est dûment établie, mais les culpabilités individuelles ne peuvent pas non plus être distinguées.

L'abrogation des art. 1 et 2 de la loi du 15 septembre 1948 a déjà montré que l'institution d'un postulat de responsabilité collective était incompatible avec le caractère personnel de la responsabilité pénale. Le renversement du fardeau de la preuve et l'obligation qui en découlait pour l'inculpé d'avoir à démontrer son innocence en prouvant sa non-participation au crime collectif, ont paru intolérables lorsque le hasard a voulu que des nationaux et non seulement des allemands soient assujettis à de tels principes.

On ne voit pas comment il serait possible de réintroduire dans une loi nouvelle la présomption de culpabilité individuelle supprimée en 1953. Le procès d'Oradour a montré que les tribunaux n'étaient nullement désarmés par le retour au droit commun, dans lequel ils paraissent avoir trouvé des éléments suffisants pour prononcer malgré tout des verdicts de culpabilité à l'encontre des participants à l'action collective et même pour doser leurs peines. L'utilité de la loi du 15 septembre 1948 n'a donc pas été démontrée. En écartant de toute loi future les principes révolutionnaires qu'elle avait prétendu instituer, on ne compromettra pas la répression. Chaque fois qu'un crime ou un ensemble indivisible de crimes sera imputable à l'action collective d'une unité ou d'une formation déterminée, les juges devront se borner à retenir la culpabilité de ceux des membres dont l'Accusation aura pu établir la présence agissante, c'est-à-dire dont la participation personnelle et directe sera dûment prouvée. Les autres devront être acquittés de toute prévention. En revanche, les chefs qui ont ordonné le crime ou qui ont avec conscience et volonté laissé faire leurs subordonnés pourront encourir toute la rigueur de la loi.

d) L'organisation judiciaire et la procédure.-

Le souvenir des atrocités commises au cours de la 2ème guerre mondiale avait fait reléguer au second plan le souci des garanties dont doit nécessairement bénéficier la défense pour qu'un jugement soit conforme au droit. Les exécutions sommaires en masse, la mise à mort des otages et des résistants sans jugement préalable, l'extermination dans les camps de concentration sur simple décision administrative n'avaient évidemment fait naître que le besoin d'un châtiment impitoyable. Traduire les auteurs présumés de tels crimes devant des tribunaux apparaissait déjà comme une démonstration suffisante des intentions qui animaient les Puissances alliées. En recourant à la voie judiciaire et non à la plus arbitraire des fusillades, les Alliés accordaient du même coup l'usage des armes du duel judiciaire à ceux auxquels on faisait précisément le reproche d'avoir violé toutes les règles de la justice. Si bien que dans l'ensemble, les prévenus de crimes de guerre ont été jugés conformément aux principales règles du procès criminel. A l'exception de l'inégalité de traitement résultant de la composition spéciale des tribunaux militai-

res (1) et du renversement du fardeau de la preuve résultant du principe de la responsabilité collective (2), on peut dire, par conséquent, que sous le rapport des règles de forme, leur situation était sensiblement la même que celle des militaires nationaux.

Comme on l'a déjà relevé au début de la présente étude, cette assimilation est pourtant demeurée théorique sur plusieurs points essentiels (3). En effet, leur qualité d'étrangers, d'ennemis et, par surcroît, de prévenus de crimes de guerre, les a placés dans des conditions de fait certainement plus défavorables que les prévenus français. Obligés de recourir aux services d'interprètes pour se faire comprendre de leurs juges et de leurs défenseurs, de confier leur sort à des avocats étrangers et, par conséquent, inconnus, de réunir des témoignages à décharge dont la recherche exigeait une liberté de mouvement et des moyens financiers dont ils ne pouvaient disposer à un moment où les transferts de devises étaient quasi impossibles, de citer des ordres ou des lois dont ils ne parvenaient pas à se procurer le texte, les militaires allemands se sont trouvés aux prises avec des difficultés incomparablement plus grandes que les justiciables français, si l'on songe à l'extrême gravité des accusations dont ils étaient l'objet.

Il n'est donc pas étonnant que les expériences faites au cours des poursuites elles-mêmes aient révélé la nécessité de tempérer à l'avenir la tendance trop exclusivement répressive qui avait servi de moteur à toutes les lois de crimes de guerre, par des préoccupations inspirées davantage du respect des droits individuels. En négligeant cet aspect du problème de la sanction pénale des violations du droit de la guerre, le recours aux tribunaux menaçait de conduire à un simulacre de justice, plus néfaste encore que les plus sommaires mesures militaires ou policières (4). La Puissance détentrice n'a évidemment aucun mérite à soumettre les crimes de guerre à des juges, si elle ne met pas les accusés en mesure de se défendre efficacement.

Cette recherche d'un plus juste équilibre dans la répression s'exprime notamment dans les travaux préparatoires des Conventions de Genève de 1949. Sans rien abandonner des principes sur lesquels repose le mécanisme des sanctions pénales aux Conventions, les experts réunis par le C.I.C.-R. après la Conférence de Stockholm, avaient élaboré un texte qui tenait le plus juste compte de ces nécessités : "Les Hautes Parties contractantes

1) Cf. art. 5 de l'ordonnance du 28 août 1944 (v. ci-dessus, p. 153);

2) Cf. art. 1 et 2 de la loi du 15 septembre 1948, abrogés par la loi du 30 janvier 1953 (v. ci-dessus, p. 389 ;

3) Cf. ci-dessus , p. 28;

4) Cf. P. Boissier, *L'épée et la balance*, op. cit. p. 99.

s'engagent à ne déférer les personnes inculpées d'une violation de la présente Convention quelle que soit leur nationalité, à aucune juridiction exceptionnelle et à ne pas leur appliquer des dispositions répressives ou de procédure plus défavorables que celles visant leurs propres ressortissants ou qui seraient contraires aux principes généraux du droit et de l'humanité. Elles assureront aux inculpés tous les droits de défense et de recours prévus par le droit commun" (1) (art. 40 ter, al. 1). Il est moins grave, écrivait le C.I.C.-R. en présentant cette disposition aux participants à la Conférence diplomatique de 1949, "de laisser les criminels impunis que de les punir contrairement aux principes du droit" (2). Même si les tribunaux doivent juger tant les nationaux que les ennemis, les experts rejettent l'institution de juridictions d'exception où ils voient trop de risques d'arbitraire. La référence qui est faite ensuite aux principes généraux du droit et de l'humanité est destinée à prévenir les conséquences d'une déformation du droit interne telle que le traitement accordé aux nationaux ne pourrait pas être considéré comme équitable.

L'art. 40 ter s'achevait sur une référence à la Convention III (prisonniers de guerre) ; "Les garanties de procédure et de libre défense ne doivent en aucun cas être inférieures à celles prévues par les articles 95 et suivants de la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre. Des garanties similaires seront assurées en cas de renvoi à une juridiction internationale" (art. 40 ter, al. 2 et 3).

Mais cette disposition n'a pas trouvé grâce devant la Conférence diplomatique elle-même. Les plénipotentiaires semblent avoir pensé qu'en obligeant les Puissances contractantes à traduire devant leurs propres tribunaux, amis et ennemis et en subordonnant l'extradition à la réunion par la Puissance requérante de "charges suffisantes", ils avaient tracé une ligne de conduite suffisamment précise et qu'il appartenait aux législateurs nationaux de conserver dans ces limites les règles et les institutions qu'ils s'étaient déjà données.

C'est pourquoi, l'art. 49/50/129/46, al. 4, se borne à indiquer : "En toutes circonstances, les inculpés bénéficieront de garanties de procédure et de libre défense qui ne seront pas inférieures à celles prévues par les art. 105 et suivants de la Convention de Genève du 12 août 1949, relative au traitement des prisonniers de guerre".

Le renvoi pur et simple à la Convention III a semblé présenter les garanties requises, l'ensemble des règles concernant les sanctions pénales et disciplinaires que la Puissance détentrice peut infliger aux prisonniers de guerre ayant fait ses preuves au cours des deux guerres mondiales.

1) Cf. Remarques et propositions du C.I.C.-R., op. cit. p. 19 ;

2) Ibidem, p. 22.

Bien que le texte ne vise que les art. 105 et suivants, c'est-à-dire en fait les art. 105 à 108 de la Convention III, M. Pilloud estime que la référence englobe toutes les règles inscrites au chapitre III intitulé "Sanctions pénales et disciplinaires" (art. 82 à 108) (1). Il faut craindre cependant qu'en temps de guerre, les Puissances intéressées ne tendent à donner à des traités internationaux comportant déjà de nombreuses et complexes obligations, une interprétation aussi restrictive que possible. Il est vrai que la plupart des prévenus de nationalité étrangère qui seront éventuellement cités devant les tribunaux des Puissances contractantes seront protégés soit par la Convention III, soit par la Convention IV (civils) (2).

Cependant, il peut se faire que les auteurs d'infractions graves ne soient pas protégés par ces Conventions. Tel est le cas, par exemple, du personnel non-militaire de l'administration de la Puissance occupante (3). D'autre part, l'art. 4, al. 2, de la Convention IV précise que "les ressortissants d'un Etat qui n'est pas lié par la Convention ne sont pas protégés par elle". Or, l'extrême lenteur des ratifications n'incite pas sous ce rapport à un excès d'optimisme, bien que l'Union soviétique soit - après la France - la seconde Grande Puissance partie aux Conventions signées à Genève en 1949 (4).

On rappellera donc ici que l'art. 105 de la Convention III définit en détail les principaux droits de la défense. Il prévoit à son alinéa premier : "Le prisonnier de guerre aura le droit d'être assisté par un de ses camarades prisonniers, d'être défendu par un avocat qualifié de son choix, de faire citer des témoins et de recourir s'il l'estime nécessaire, aux offices d'un interprète compétent. Il sera avisé de ces droits en temps utile, avant les débats, par la Puissance détentricice". L'alinéa 2 concerne les modalités du choix ou de la désignation d'un défenseur, l'alinéa 3, les conditions dans lesquelles ce défenseur exerce son mandat, l'alinéa 4 l'obligation de faire traduire les pièces essentielles de la procédure et notamment, l'acte d'accusation (5) et l'alinéa 5, la présence d'un représentant de la

- 1) Cf. Pilloud, Les sanctions pénales dans la 1ère Convention, op. cit. p. 21 ;
- 2) Cf. notamment art. 5, al. 3, de la Convention IV ;
- 3) Cf. Pilloud, La protection pénale des Conventions humanitaires internationales, Rapport général présenté au VIème congrès de l'Association internationale de droit pénal, Rome, Oct. 1953 (RIDP., 1953, p. 684) ;
- 4) On observera que l'U.R.S.S. n'était pas partie à la Convention de Genève du 27 juillet 1929 relative aux prisonniers de guerre ;
- 5) Cf. à ce sujet : Tribunal Militaire de Paris, 25.2.54 ; Oberg et Knochen (Le Monde du 26.2.54).

Puissance protectrice lors des débats publics. L'art. 106 réserve le droit de recourir en appel, en cassation ou en révision. L'art. 107 concerne la notification des jugements à la Puissance protectrice, au condamné et à son homme de confiance. L'art. 108 traite enfin des conditions d'exécution des peines privatives de liberté, qui doivent être "conformes aux exigences de l'hygiène et de l'humanité".

Jointes au principe de l'universalité de la répression des infractions graves aux Conventions et à l'égalité de traitement qui en résulte entre nationaux et ressortissants ennemis ou étrangers, ces dispositions semblent de nature à garantir d'une manière satisfaisante les droits de l'individu. A l'exception de celles qui ont trait à l'intervention de la Puissance détentricrice et à l'obligation de traduire si besoin est les pièces essentielles de la procédure, la plupart de ces règles figurent déjà dans les codes nationaux. Les lois internes concernant la protection pénale des Conventions de Genève pourront donc se borner à une attribution de compétence aux juridictions militaires ordinaires, en réservant pour le surplus les règles de forme inscrites dans ces Conventions.

C'est le système qui a été adopté par la Suisse dans l'art. 214 nouveau de sa loi d'organisation judiciaire et de procédure pénale pour l'armée fédérale où il est dit : "Pour les procédures pénales exécutées en temps de guerre envers des étrangers, les dispositions des Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre qui dérogent à la présente loi sont réservées" (1).

Une telle clause qui devrait subir les ajustements nécessaires pour son introduction dans une loi spéciale telle que la préconise M. Dautricourt, semble donner toute satisfaction. Il est vrai qu'elle va apparemment au-delà des obligations qui résultent de l'art. 49/50/129/146, al. 4, puisque l'ensemble des dispositions conventionnelles et non seulement les art. 105 à 108 de la Convention III sont réservées. C'est donc une solution optimum. Les Puissances contractantes voudront-elles s'obliger à accorder à des individus suspects d'avoir commis ou donné l'ordre de commettre les plus graves atrocités des garanties qu'elles ont très souvent considérées comme des privilèges et non comme des droits minimaux ? On peut en douter. En toute hypothèse, les inculpés de violations des Conventions ne seront pas assimilés à des prisonniers de guerre par la seule vertu des faits qui leur sont reprochés. S'ils n'avaient pas déjà la qualité de prisonniers de guerre, la Puissance détentricrice ne leur versera, par exemple, pas de solde. Le but de l'alinéa 4 de l'art. 49/50/129/146 commun aux quatre Conventions est de faire en sorte que les prévenus d'infractions graves bénéfici-

1) Cf. Pilloud, op. cit. (RIDP., 1953, p. 684).

cient des garanties d'ordre judiciaire dont le respect assuré la régularité d'un jugement. C'est d'ailleurs également la raison d'être de l'art. 85 de la Convention III maintenant expressément l'application du statut conventionnel aux prisonniers de guerre inculpés et même condamnés pour crimes de guerre (1).

Cependant, en vue d'éviter de regrettables différences de traitement entre les individus accusés d'avoir commis des infractions graves aux Conventions, suivant qu'ils ont ou n'ont pas la qualité de prisonniers de guerre au moment de l'ouverture des poursuites, il faut souhaiter que les lois nationales appliquent les règles prévues dans la Convention III sous le chapitre des sanctions pénales et disciplinaires à tous les auteurs d'infractions graves, quels qu'ils soient, ou mieux encore, à tous les prévenus de violations des lois et coutumes de la guerre. En revanche, s'ils ne veulent pas adopter une clause de portée aussi générale que l'art. 214 nouveau de la loi suisse sur l'organisation judiciaire et la procédure pénale de l'armée fédérale, les législateurs devront à tout le moins prendre dans ce domaine des mesures donnant effet aux obligations générales des art. 49/50/129/146. On peut résumer ces règles minimales de la manière suivante :

- 1.- La compétence judiciaire "ratione personae" en matière d'infractions graves aux Conventions de Genève ne doit être soumise à aucune limitation de nationalité. Même si ces infractions ne sont pas qualifiées de "crimes de guerre", il est clair que toute disposition qui ferait de la qualité de ressortissant ennemi une condition de la répression comme c'est le cas de l'art. 1er de l'ordonnance du 28 août 1944 ne pourrait subsister sous le régime des Conventions de 1949 ;
- 2.- Les tribunaux compétents doivent être, par conséquent, les mêmes pour les nationaux et pour les étrangers. Cette attribution de compétence suppose aussi l'application de toutes les règles de procédure et d'organisation judiciaire appropriées. Bien que l'art. 49/50/129/146 ne se soit pas prononcé là-dessus et que son libellé ne l'exclue pas, il faut souhaiter que les législateurs ne créent pas de tribunaux spéciaux pour le jugement des infractions graves comme certains d'entre eux l'avaient fait sous des formes diverses pour juger les crimes de guerre imputés aux ressortissants allemands(2). Des juges spécialistes peuvent sans doute être mieux préparés que des officiers et sous-officiers tirés du rang pour trancher de délicats problèmes de droit international. Mais

1) Cf. ci-dessus , p. 183 ;

2) Cf. notamment la loi luxembourgeoise du 2 août 1947, art. 1 et 19 (G. Wilmert, op. cit. p. 99 et 103).

il semble néanmoins préférable de conserver le cadre organique normal, la plupart des tribunaux militaires étant composés au moins d'un juge juriste, comme c'est le cas en France. S'agissant enfin dans la majorité des cas d'actes commis au cours des hostilités ou de l'occupation, les juridictions militaires paraissent mieux désignées que les juridictions civiles pour connaître de cette catégorie de crimes.

- 3.- Les poursuites pour infractions graves aux Conventions de Genève sont liées au respect des règles normales dans l'administration de la preuve. Les Conventions paraissent exclure elles-mêmes toute présomption de culpabilité. L'alinéa commun concernant l'obligation de poursuivre vise "les personnes ayant commis ou donné l'ordre de commettre" les actes qualifiés d'infractions graves. En outre, l'extradition des suspects de crimes de guerre est subordonnée à la condition que la Puissance requérante ait réuni des "charges suffisantes" contre lui (1).
- 4.- En ce qui regarde les prévenus étrangers, des dispositions devront être prises pour leur assurer la communication des pièces essentielles de la procédure dans une langue qu'ils comprennent. Le droit français ne contient aucune règle à ce sujet.
- 5.- De même, les prescriptions des art. 105 et 107 de la Convention III au sujet du rôle de la Puissance protectrice dans le choix d'un défenseur et pour la réception des avis de jugement devront faire l'objet des mesures appropriées. On notera que le délai de trois semaines qui doit s'écouler suivant l'art. 104 de la Convention III entre la notification à la Puissance protectrice de l'ouverture des poursuites et l'ouverture des débats ne s'applique pas, en principe, aux individus poursuivis pour infractions graves qui ne sont pas en même temps des prisonniers de guerre (ou des personnes civiles protégées par la Convention IV ; comp. art. 71, al. 2, de la Convention IV).

Il s'agit là d'un minimum. Des dispositions complémentaires pourraient sans doute être prises sur d'autres points importants, tels que ceux qui font l'objet des art. 82 à 104 de la Convention III. Une loi-type pourrait, en outre, recommander aux législateurs nationaux d'obliger uniformément les tribunaux qui seront chargés de statuer en matière d'infractions graves aux Conventions de Genève, à motiver leurs jugements sur le fond, ce qui n'est pas le cas en droit français. Elle pourrait aussi élargir, sous condition de réciprocité, les possibilités de défense par des compatriotes en autorisant les inculpés de nationalité étrangère à confier leur défense à des avocats venant de leur pays. Dans ce cas, un avocat ressortissant du pays qui organise

1) Cf. Juglart, Répertoire, op. cit. p. 131.

les poursuites devrait obligatoirement être constitué en même temps que son confrère étranger.

Mais la raison commande de circonscrire les efforts de coordination et d'uniformisation à un nombre limité de principes indiscutés. Ceux qui résultent des articles communs aux quatre Conventions sur la répression des abus et des infractions paraissent déjà de nature à permettre une garantie satisfaisante des droits de la défense.

Réviser les Conventions de La Haye de 1907 et introduire dans les législations nationales les dispositions nécessaires pour garantir une protection pénale complète des lois et coutumes de la guerre, tels sont les objectifs qui s'imposent le plus immédiatement à l'esprit.

L'un ne va pas sans l'autre. On ne saurait concevoir de sanction pénale sans une loi qui dise au préalable ce qu'il faut tenir pour criminel. Réciproquement, les principes conventionnels les mieux établis sont inefficaces tant qu'ils demeurent sans sanction. L'obligation où se trouvent actuellement la plupart des Etats de prendre des mesures législatives en vue d'assortir de peines en droit interne les infractions graves aux Conventions de Genève de 1949, doit, par conséquent, aller de pair avec une refonte et une réforme des principes qui régissent la conduite des hostilités.

Sous maints rapports, les traités élaborés en 1899 et 1907 sont vieillis ou dépassés, ce qui n'a rien d'étonnant lorsqu'on mesure la rapidité et l'ampleur des découvertes scientifiques et techniques qui ont trouvé ou menacent de trouver des applications guerrières depuis 50 ans. Qu'on ne dise pas cependant que la puissance de moins en moins contrôlable des engins modernes de destruction rend d'avance futiles les efforts qui pourraient encore être faits en vue de protéger les victimes de la guerre et principalement les non-combattants. Si la guerre de Corée a consacré la faillite de beaucoup d'illusions, elle a du moins montré que l'ère des moyens de combat dits traditionnels n'était pas terminée et qu'en dépit de l'ampleur du rôle joué par les bombardements aériens, la guerre sur terre conserve une signification, ne serait-ce que pour contrôler ou occuper le territoire de l'adversaire. Au reste, il n'est pas encore interdit d'espérer que la crainte des représailles continue à faire écarter le recours aux armes thermo-nucléaires. Or, il existe, en deça du pire, des méthodes de combat quotidiennement appliquées et, par conséquent, admises par la pratique des armées, qui heurtent les plus élémentaires principes d'humanité. Ainsi, des bombardements d'une zone entière du territoire ennemi, sans aucune discrimination possible entre combattants et non-combattants ; ainsi, de l'usage du napalm qui implique un surcroît de souffrances inutiles aux membres des forces armées qui en subissent les effets. Et si aucun accord ne peut se faire sur une réglementation des hostilités

actives, du moins convient-il d'espérer que dans le domaine du droit de l'occupation, les principes adoptés à Genève, en 1949, permettent d'arriver à des solutions à la fois efficaces et réalistes qui perfectionnent sans l'alourdir le système du Règlement de La Haye de 1907. Car, dans l'état semi-organique de la société internationale actuelle, la simplicité des lois de la guerre est un des gages les plus sûrs de leur respect.

Cette confrontation de la réalité actuelle avec les interdictions et limitations adoptées voici environ un demi-siècle sera peut-être aussi l'occasion de fixer des visées plus modestes et, par conséquent, plus accessibles à la protection pénale des lois et coutumes de la guerre. Le problème de la responsabilité pénale individuelle au regard du droit de la guerre se trouve apparemment dans un stade intermédiaire de son évolution. Cette partie du droit des gens n'est plus dépourvue de sanction, comme elle l'était pratiquement avant la première guerre mondiale, mais les procès qui ont eu lieu devant la Cour allemande de Leipzig en 1920-21, puis devant le tribunal militaire international de Nuremberg en 1946, ne représentent pas encore la mise en oeuvre d'une véritable justice internationale. Même dans le second de ces cas, il ne s'agit que d'un tribunal allié et non d'une juridiction supranationale dont l'autorité s'impose à tous. Le système des clauses pénales des Conventions de Genève de 1949 ne représente lui-même que le point de cristallisation des enseignements tirés des violations commises au cours de la guerre de 1939-1945 et des poursuites qui ont été exercées à l'encontre des allemands et des japonais.

En fait, il s'agit là de solutions provisoires. Tout en relevant presque exclusivement du droit interne, elles préludent à une justice exercée sur de plus larges bases. Il est compréhensible que les poursuites pour crimes de guerre engagées dans ces conditions portent la marque des hésitations, des tâtonnements et des contradictions qui sont l'apanage des périodes de transition. Tant qu'une loi pénale commune à une pluralité d'Etats ne sera pas adoptée et qu'une juridiction appropriée ne sera pas chargée de l'appliquer, il est probable que les obstacles de toute nature qui ont rendu jusqu'ici la protection pénale des lois de la guerre si malaisée continueront à se manifester. La guerre de Corée a montré aussi que ces difficultés pouvaient conduire jusqu'à la paralysie complète de la répression.

Mais le passage à une justice supranationale suppose un mûrissement continu des institutions et des principes du droit interne. La mise en harmonie des législations nationales avec les règles des Conventions de Genève de 1949 et la coordination des diverses lois internes d'application paraissent être actuellement les meilleurs moyens de préparer la voie à cette nouvelle étape dans le développement de la sanction pénale des lois de la guerre.

* * *

ANNEXE I

Ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre (J.O. du 30 août 1944, p. 780) (1).

Le Gouvernement provisoire de la République française,
Vu l'ordonnance du 3 juin 1943 portant institution du Comité français de la libération nationale, ensemble l'ordonnance du 3 juin 1944 ;

Vu les dispositions du code pénal, du code d'instruction criminelle et des codes de justice militaire ;

Vu la loi du 9 août 1849 relative à l'état de siège et les textes subséquents ;

Vu la déclaration interalliée du 13 janvier 1942 relative à la répression des crimes de guerre ;

Vu le décret du 18 août 1944 relatif à l'exercice de la présidence du Gouvernement provisoire de la République française pendant l'absence du Général de Gaulle ;

Le Comité juridique entendu,

ordonne :

Art. 1er.— Sont poursuivis devant les tribunaux militaires français et jugés conformément aux lois françaises en vigueur et aux dispositions de la présente ordonnance, les nationaux ennemis ou agents non-français au service de l'administration ou des intérêts ennemis, coupables de crimes ou de délits commis depuis l'ouverture des hostilités, soit en France ou dans un territoire relevant de l'autorité de la France, soit à l'encontre d'un national ou d'un protégé français, d'un militaire servant ou ayant servi sous le drapeau français, d'un apatride résidant sur le territoire français avant le 17 juin 1940 ou d'un réfugié sur un territoire français, soit au préjudice des biens de toutes les personnes physiques visées ci-dessus et de toutes les personnes morales fran-

1) Dalloz, Bulletin législatif 1944, p. 221.

gaises, lorsque ces infractions, même accomplies à l'occasion ou sous le prétexte de l'état de guerre, ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre.

Sont notamment poursuivies, conformément aux dispositions ci-dessus, lorsqu'elles ont été commises dans les circonstances prévues par l'alinéa 1er du présent article, les infractions prévues et punies par les articles 92, 132, 265 et suivants, 295, 296, 301, 302, 303, 304, 309, 317, 332, 334, 341, 342, 343, 344, 379, 400, 434 à 459 du code pénal et les articles 214, 216, 221 et suivants du code de justice militaire.

Art. 2.- Par interprétation des dispositions du code pénal et du code de justice militaire, sont considérés comme :

- 1) Le recrutement illégal de la force armée prévu par l'article 92 du code pénal : tout enrôlement par l'ennemi ou ses agents;
- 2) L'association de malfaiteurs prévue par les articles 265 et suivants du code pénal : les organisations ou entreprises de terrorisme systématique ;
- 3) L'empoisonnement prévu par l'article 301 du code pénal : toute exposition dans les chambres à gaz, tout empoisonnement des eaux ou denrées consommables, ainsi que tout dépôt, aspersion ou utilisation de substances nocives destinées à donner la mort ;
- 4) L'assassinat prévu par l'article 296 du code pénal : la mise à mort par représailles ;
- 5) La séquestration prévue par les articles 341, 342 et 343 du code pénal : le travail obligatoire des civils et la déportation sous quelque motif que ce soit, d'un individu détenu ou interné sans qu'une condamnation régulière au regard des lois et coutumes de la guerre ait été définitivement prononcée à son encontre ;
- 6) La séquestration prévue par les alinéas 1 et 2 de l'article 344 du code pénal : l'emploi à des oeuvres de guerre de prisonniers de guerre ou de civils requis ;
- 7) La séquestration prévue par le dernier alinéa de l'article 344 du code pénal : l'emploi de prisonniers de guerre ou de civils à des fins de protection de l'ennemi ;
- 8) Le pillage prévu par les articles 221 et suivants du code de justice militaire : l'imposition d'amendes collectives, les réquisitions abusives ou illégales, les confiscations ou spoliations, l'emport ou l'exportation, hors du territoire français par tous les moyens des biens de toute nature, y compris les valeurs mobilières et la monnaie.

Art. 3.- Les lois, décrets ou règlements émanant de l'autorité ennemie, les ordres ou autorisations donnés par cette autorité ou par les autorités qui en dépendent ou qui en ont dépendu, ne peuvent être invoqués comme faits justificatifs au sens de l'article 327 du code pénal, mais seulement, s'il y a lieu, comme cir-

constances atténuantes ou comme excuses absolutoires.

Art. 4..- Lorsqu'un subordonné est poursuivi comme auteur principal d'un crime de guerre et que ses supérieurs hiérarchiques ne peuvent être recherchés comme co-auteurs, ils sont considérés comme complices dans la mesure où ils ont organisé ou toléré les agissements criminels de leurs subordonnés.

Art. 5..- Pour le jugement des crimes de guerre, le tribunal militaire est composé comme il est dit au Code de justice militaire. Les juges militaires doivent être en majorité choisis parmi les officiers, sous-officiers et hommes de troupe appartenant ou ayant appartenu aux forces françaises de l'intérieur ou à une organisation de résistance.

Art. 6..- La présente ordonnance est applicable à l'Algérie et aux colonies. Elle sera publiée au Journal officiel de la République française et exécutée comme loi.

Alger, le 28 août 1944.

Henri Queuille

ANNEXE II

Loi No 48-1416 du 15 septembre 1948 modifiant et complétant l'ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre (J.O. du 16 septembre 1948, p. 9138) (1).

L'Assemblée Nationale et le Conseil de la République ont délibéré,

L'Assemblée Nationale a adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Art. 1er. - Lorsqu'un des crimes prévus par l'ordonnance du 28 août 1944 sur la répression des crimes de guerre est imputable à l'action collective d'une formation ou d'un groupe faisant partie d'une organisation déclarée criminelle par le tribunal militaire international agissant en vertu de l'acte du 8 août 1945, tous les individus appartenant à cette formation ou à ce groupe peuvent être considérés comme co-auteurs, à moins qu'ils n'apportent la preuve de leur incorporation forcée et de leur non-participation au crime.

Art. 2. - Pour l'application de l'article précédent, sont considérés comme imputables à l'action collective de la formation ou du groupe envisagé, les crimes de guerre commis par ses membres dans une même région, même isolément ou de leur propre initiative, lorsque par leur importance, leur gravité, leur répétition ou par le nombre des victimes, ces actes constituent les éléments d'une action d'ensemble.

1) Dalloz, Bulletin législatif, 1948, p. 825.

Art. 3.- Nonobstant toutes dispositions contraires, les individus non visés à l'article 1er de l'ordonnance du 28 août 1944 qui sont personnellement co-auteurs ou complices d'un crime de guerre ou d'un crime connexe peuvent être compris dans les poursuites engagées devant le tribunal militaire, lorsque l'instance est contradictoire à l'égard d'un au moins des autres accusés.

Art. 4.- Nonobstant toutes dispositions contraires, le magistrat chargé de l'information sur un crime de guerre peut autoriser les représentants qualifiés des nations alliées qui pratiquent un régime de réciprocité, à prendre communication ou à recevoir copie de toutes les pièces, documents et procès-verbaux compris dans le dossier de l'instruction ou à recueillir en sa présence, suivant les formes prévues par leur loi nationale, les déclarations des témoins et des accusés.

Art. 5.- L'article 5 de l'ordonnance du 28 août 1944 est remplacé par les dispositions suivantes :

"Art. 5.- Pour le jugement des crimes de guerre, le tribunal militaire est composé comme il est dit au code de justice militaire. Sauf impossibilité dûment constatée par l'autorité militaire compétente, les juges militaires doivent être en majorité choisis parmi les militaires ayant appartenu aux forces françaises de l'intérieur ou à une organisation de résistance".

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 15 septembre 1948.

Vincent Auriol

ANNEXE III

Loi No 53-32 du 30 janvier 1953 modifiant la loi No 48-1416 du 15 septembre 1948 modifiant et complétant l'ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre.

L'Assemblée Nationale et le Conseil de la République ont délibéré,

L'Assemblée Nationale a adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article unique.- Les articles 1er et 2 de la loi du 15 septembre 1948 sont abrogés.

L'article 3 de la loi du 15 septembre 1948 est ainsi modifié :

"Art. 3.- Les personnes non visées à l'article 1er de l'ordonnance du 28 août 1944 qui sont personnellement co-auteurs ou complices de crimes commis par les individus visés au dit article ou de crimes connexes, seront renvoyés devant le tribunal militaire.

"Il leur sera fait application des dispositions du code pénal et notamment des articles visés au second alinéa de l'article 1er de la susdite ordonnance.

"Elles ne pourront être comprises dans les poursuites engagées contre les dits individus. Toutefois, en ce qui concerne les procès dont les débats seraient commencés, la division de la procédure résultant des dispositions ci-dessus aura lieu aussitôt après la clôture de l'instruction publique à l'audience".

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 30 janvier 1953.

Vincent Auriol

ABREVIATIONS

Actes	Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949 - Publiés par le Département politique suisse - Berne 1950 et 1951.
A.J.I.L.	American Journal of International Law.
B. ou B.C.	Bulletin des arrêts de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation française.
C.I.C.	Code d'Instruction criminelle français de 1808.
C.I.C.-R.	Comité International de la Croix-Rouge.
C.J.M.	Code de Justice Militaire français pour l'armée de terre (Loi du 9 mars 1928 modifiée par celle du 4 mars 1932).
C.P.F.	Code pénal français de 1810.
C.P.G. 1929	Convention de Genève du 27 juillet 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre.
C.P.G. 1949	Convention de Genève No III du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre.
C.P.S.	Code pénal suisse du 21 décembre 1937.
C.P.M.S.	Code pénal militaire suisse du 13 juin 1927.
D.	Recueil Dalloz.
Donnedieu de Vabres, Traité	H. Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3ème édition, 1947, Paris, Sirey.
Hugueney, Traité	P. Hugueney, Traité de droit pénal et de procédure pénale militaires, Paris, 1933.
J.T.	Journal des tribunaux (belge).
Juglart, Répertoire	M. de Juglart, Répertoire méthodique de la jurisprudence militaire, Paris, Sirey, 1946.
Law Reports	Law Reports of Trials of War Criminals, selected and prepared by the United Nations War Crimes Commission, Londres, 1947-1949.

Procès	Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 nov. 1945 - 1er oct. 1946 (Documents officiels et débats).
R.D.I.S.D.P.	Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques (Sottile), Genève.
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public.
R.G.T.	Règlement annexe à la Convention de La Haye No IV du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre.
R.I.D.P.	Revue internationale de droit pénal.
R.P.S.	Revue pénale suisse.
R.S.C.D.P.C.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.
R.D.P.C.	Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles.
S.	Recueil Sirey.

BIBLIOGRAPHIE

I.- Ouvrages généraux

a) Droit international public.

L. Delbez.- Manuel de droit international public, Paris, 1951.

P. Guggenheim.- Lehrbuch des Völkerrechts, Bâle, 1951.

A. Mechelynck.- La Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, Gand, 1915.

Oppenheim-Lauterpacht.- International Law, 6ème éd. 1944, 7ème éd. 1952.

A. Rolin.- Le droit moderne de la guerre, Bruxelles, 1920.

Wheaton.- International Law, 7ème éd. par Keith, 1944.

J. Pictet.- Commentaire des Conventions de Genève du 12.8.49, T. I (blessés et malades), Genève, 1952.

b) Droit pénal.

P. Bouzat.- Traité théorique et pratique du droit pénal, Paris, Dalloz, 1951.

H. Donnedieu de Vabres.- Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, Paris, Sirey, 3ème éd. 1947.

E. Garçon.- Code pénal annoté, Paris, Sirey, 1901-1906.

P. Hugueney.- Traité théorique et pratique de droit pénal et de procédure pénale militaires, Paris, 1933, suppl. 1938 et 1940.

M. de Juglart.- Répertoire méthodique de la jurisprudence militaire, Paris, Sirey, 1946.

P. Logoz.- Commentaire du Code pénal suisse, Partie générale (art. 1 à 110), Neuchâtel, 1941.

C. Picard.- Organisation et fonctionnement de la justice militaire, Paris, Sirey, 1940.

Rousselet et Patin.- Précis de droit pénal spécial, 6ème éd. 1950.

- A. Schönke.- Strafgesetzbuch Kommentar, 3ème éd. Munich et Berlin, 1947.
- Schwinge.- Militärstrafgesetzbuch, 6ème éd., 1944.
- Taillefer.- La justice militaire dans l'armée de terre.
- Thormann et von Overbeck.- Strafgesetzbuch, 1940.
- M. Travers.- Le droit pénal international, Paris, Sirey, 1920-1922.
- H. Ricolfi.- Le Code de Justice Militaire de 1928.

II.- Documents

- Journal Officiel de la République française (Lois et décrets - Documents parlementaires - Débats parlementaires).
- La documentation française.
- Annales de l'Assemblée Nationale - Débats.
- Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (Bulletin criminel).
- Recueil Dalloz.
- Recueil Sirey.
- Juris-Classeur périodique - La semaine juridique.
- Law Reports of Trials of War Criminals (selected and prepared by the United Nations War Crimes Commission, Londres, 1949-1949). Les jugements List (Law Reports, Vol.VIII, p. 34) et Leeb (Law Reports, Vol. XII, p. 1) ont été traduits en français par les soins du Comité International de la Croix-Rouge.
- Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international, 14 nov. 1945 - 1er oct. 1946, Nuremberg, 1947 (Documents officiels et débats).
- Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949 (Conventions pour la protection des victimes de la guerre) - publiés par le Département politique suisse, Berne, 1950 et 1951.
- Conventions internationales concernant la guerre sur terre et la neutralité (publiées en 1939 par le Conseil fédéral suisse à l'intention des officiers de l'armée) avec un commentaire.

III.- Principaux articles et ouvrages sur les crimes de guerre.

- A.R. Albrecht.- War Reprisals in the War Crimes Trials and in the Geneva Conventions (AJIL, Vol. 47, Oct. 1953, p. 590).
- N. Alcalá-Zamora y Castillo.- Le procès des criminels de guerre, Jus, Milan, Oct. 1950, p. 208-231.
- J.A. Appleman.- Military Tribunals and International Crimes, Indianapolis, 1954.

- M. de Baer.- The Treatment of war crimes and crimes incidental to the war, Londres (Royal Institute of International Affairs, mars 1945).
- Bauer.- Die Kriegsverbrecher vor Gericht, 1945.
- P. Boissier.- L'épée et la balance, Genève, Labor et Fidès, 1953.
- P. Boissier.- La répression des "petits crimes de guerre", (RIDP. 1948, p. 293).
- P. Boissier et H. Frenay.- Afin que justice soit faite (Monde nouveau, 1952, No 62).
- F. Chapar.- L'ordonnance du 28 août 1944 définissant les crimes de guerre et précisant les conditions dans lesquelles leurs auteurs seront poursuivis (RDPC., 1947-1948, p. 793).
- Ch. Cheney Hyde.- Japanese Executions of american aviators, AJIL. Vol. 37 (1943), p. 480.
- W.B. Cowles.- Trials of War criminals (AJIL, Vol. 42, 1948, p. 299-319).
- J. Daniel.- Le problème du châtiement des crimes de guerre d'après les enseignements de la deuxième guerre mondiale, Le Caire, Schindler, 1946.
- A. Dautricourt.- La protection pénale des Conventions internationales humanitaires (RDPC., Déc. 1953, p. 191, et juin 1955).
- J. Descheemaeker.- Le jugement des grands criminels de guerre (RGDIP., 1946, p. 210).
- H. Donnedieu de Vabres.- Les principes modernes du droit pénal international, 1928.
- H. Donnedieu de Vabres.- Le Procès de Nuremberg (RSCDPC., 1947, p. 171).
- H. Donnedieu de Vabres.- Le Procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international (Recueil des Cours de l'Académie de droit international, La Haye, 1947, T.I.).
- H. Donnedieu de Vabres.- Le jugement de Nuremberg et le principe de la légalité des délits et des peines (RDPC., Juillet 1947, p. 816).
- H. Donnedieu de Vabres.- Les leçons de l'histoire et le progrès du droit pénal international (RSCDPC., 1951, p. 384).
- A. Eiselé.- Réflexions sur les procès de criminels de guerre en France (RDPC., 1950-1951, p. 305).
- A.V. Freeman.- War Crimes by enemy nationals administering justice in occupied territory (AJIL, Vol. 41, 1947).
- J.C. Genton.- Le tribunal militaire international (RDPC., 1947-48, p. 477).
- S. Glaser.- Les infractions internationales, les délits politiques et l'extradition (RDPC., 1947-48, p. 766).
- S. Glaser.- La Charte du tribunal de Nuremberg et les nouveaux principes du droit international (RPS., 1948, p. 13).

- S. Glaser. - Le principe de la légalité des délits et des peines dans les procès de criminels de guerre (RDPC., 1947-48, p. 813).
- S. Glaser. - Les infractions internationales et leur sanction (RDPC., 1948-1949, p. 811).
- S. Glaser. - L'acte d'Etat et le problème de la responsabilité individuelle, (RDPC., 1950, p. 1).
- S. Glaser. - L'ordre hiérarchique en droit pénal international (RDPC., Janv. 1953, p. 283).
- S. Glueck. - War criminals, Their Prosecution and punishment, 1949.
- Goodhart. - What acts of war are justifiable ? (Oxford Pamphlets on World Affairs, No 42, 1940, p. 15).
- J. Graven. - En assistant au procès des criminels de guerre, Genève, 1946.
- J. Graven. - Le châtement des crimes de guerre, Alma Mater, Genève, 1947, p. 147.
- J. Graven. - La répression des crimes de guerre, en particulier des crimes contre l'humanité (Actes du Congrès international des juristes pour la paix, Paris, Oct. 1946).
- J. Graven. - La sentence de Nuremberg et sa portée (exposé au Cercle du Parti national démocrate, Genève, 11 nov. 1946).
- J. Graven. - De la justice internationale à la paix et les enseignements de Nuremberg (RDISDP., 1946, p. 183 et 1947, p.1).
- J. Graven. - Principes fondamentaux d'un code répressif des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (RDISDP., 1950, p. 173).
- J. Graven. - La limitation du droit de punir de l'Etat par les droits de l'homme (RDPC., Févr. 1953, p. 447-464).
- J.B. Herzog. - Les organisations nationales-socialistes devant le tribunal de Nuremberg (RIDP., 1946, p. 355).
- J.B. Herzog. - Les principes juridiques de la répression des crimes de guerre (RPS., 1946, p. 291).
- J.B. Herzog. - L'extradition des criminels de guerre (Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1947, Nos 6 à 12).
- History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War, Londres, 1948.
- F. Honig. - War Crimes Trials, Lessons for the future (International Affairs, Oct. 1950, p. 522-532).
- F. Honig. - Kriegsverbrecher vor englischen Militärgerichte (RPS., 1947-48, p. 20).
- H.H. Jescheck. - Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Bonn, 1952.
- H.H. Jescheck. - Kriegsverbrecherprozesse gegen deutsche Kriegsgefangene in Frankreich (Süddeutsche Juristen Zeitung, 1949, p. 107).
- H.H. Jescheck. - La protection pénale des conventions internationales humanitaires (Rapport présenté au VIème Congrès international de droit pénal, Rome, Oct. 1953 - RIDP., 1953, p. 13).

- M. de Juglart.- Espionnage et crimes de guerre (JCP., 1945, I, 508).
- M. de Juglart.- Les crimes de guerre devant les tribunaux militaires français (JCP., 1946, I, 499).
- M. Kirschen.- Le jugement des criminels de guerre au tribunal général de Rastatt (Journal des tribunaux belges, 1948, p. 293).
- Koessler.- American War Crimes Trials in Europe (Georgetown Law Journal, Nov. 1950, p. 18-112).
- Kuhn.- International Law and national legislation in the trial of war crimes (AJIL, Juillet 1950, p. 559-562).
- M. Lachs.- Crimes de guerre - Délits politiques (RDISDP., 1945, p. 10).
- A. de La Pradelle.- Une révolution dans le droit pénal international (Nouvelle Revue de droit international privé, 1946, p. 360).
- R. de Geouffre de La Pradelle.- L'Affaire d'Ascq, Paris, Edit. internationales, 1949.
- R. de Geouffre de La Pradelle.- La répression des crimes de guerre en France (Ecrits de Paris, Mai 1951, p. 74).
- R. de Geouffre de La Pradelle.- Rétablir le droit (Le Monde du 29.1.53).
- Leuterpacht.- Law of Nations and Punishment of War crimes (British Yearbook of international Law, 1944, p. 69).
- P. de Leyrat.- Crime de la guerre et crimes de guerre (Cahiers du Monde nouveau, 1945, Vol. II, No 5, p. 557).
- G. Lümmert.- Les procès intentés à l'étranger contre des ressortissants allemands pour "crime de guerre", Hamburg, 1949.
- Malézieux.- Le statut international des criminels de guerre (RGDIP., 1941-1945, p. 167),
- G. Manner.- The legal nature and punishment of criminal acts of violence contrary to the laws of war (AJIL., 1943, Vol. 37, p. 407-435).
- Montero S. Mario.- Le procès de Nuremberg (Revista de Ciencias penales du Chili, No 4, Oct. Déc. 1946).
- R. Maurach.- Die Kriegsverbrecherprozesse gegen deutsche Gefangene in der Sowjetunion, Hamburg, 1950.
- H. von Mangoldt.- Das Kriegsverbrechen und seine Verfolgung in Vergangenheit und Gegenwart (Jahrbuch für internationales und ausländisches öffentliches Recht, 1948, p. 283-334).
- Menzel.- Die ausländische Kriegsverbrechergesetzgebung (Archiv des öffentlichen Rechts, 4. Heft, 1949, p. 424-452).
- M. Merle.- Le procès de Nuremberg et le châtimement des criminels de guerre, Paris, Pédone, 1949.
- Merignhac.- De la sanction des infractions au droit des gens (RGDIP., 1917, p. 50).

- Carlo Miglioli.- Du caractère illégitime de la sanction pénale unilatérale en droit international (RIDP., 1952, p. 1).
- A.M.S. Neave.- The Trial of the SS. at Nuremberg (RIDP., 1946, p. 277).
- G. Nebout.- Le problème des sanctions à appliquer en cas d'infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, P. Moulin, imp. Lyon, 1954.
- G. Ottolenghi.- Le problème des criminels de guerre (RDISDP, 1946, p. 1).
- Paoli.- Contribution à l'étude des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité en droit pénal international (RGDIP., 1941-1945, T. 16, II, p. 129).
- J. Pascal.- La "Loi d'Oradour" (Réforme du 7.2.53).
- J. Pascal.- Crimes de guerre, l'Ordonnance du 28 août 1944 (Réforme du 14.2.53).
- M. Patin.- La France et la répression des crimes de guerre (RSCDPC., 1951, p. 393).
- V.V. Pella.- La guerre-crime et les criminels de guerre, Paris, Pédone, 1946.
- V.V. Pella.- La criminalité de guerre devant l'Union inter-parlementaire (Bulletin inter-parlementaire, Genève, 1929).
- V.V. Pella.- La justice pénale internationale (RDISDP., 1945, p. 88).
- V.V. Pella.- La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir (Bucarest, 1926).
- V.V. Pella.- L'association internationale de droit pénal et la protection de la paix (RIDP., 1946, p. 202).
- C. Pilloud.- Les sanctions pénales dans la première Convention de Genève (blessés et malades) du 12.8.49, Genève, 1952.
- C. Pilloud.- La protection pénale des Conventions internationales humanitaires (Rapport général présenté au VIème Congrès international de droit pénal, Rome, Oct. 1953 - RIDP., 1953, p. 661).
- L. Renault.- De l'application du droit pénal aux faits de guerre (Journal de droit international, 1915, Vol. 42, p. 313-344 et RGDIP., 1941-1945, 3ème série, Vol. 16, p. 1-127).
- Reuter.- Le jugement du tribunal militaire international de Nuremberg (D., 1946, Chr. 77).
- Rey.- Les violations du droit international commises par les allemands en France pendant la guerre de 1939 (RGDIP., 1941-1945, II, p. 98).
- Th. Rittler.- Grenzen der Strafgesetzgebung (RPS., 1947, p. 253).
- E. Schwinge.- Angehörige der ehemalige Wehrmacht und der SS. vor französischen Militärgerichte (Monatschrift für deutsches Recht), 1949, p. 650).

- C.F. Sodi.- Les délits nationaux et internationaux et le procès de Nuremberg (Criminalia, organe mensuel de l'Académie mexicaine de sciences pénales, No 1, Janv. 1947).
- Strebel.- Die strafrechtliche Sicherung humanitärer Abkommen (Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 15, No 1-2, Oct. 1953, Stuttgart).
- H.L. Stimson.- The Nurnberg Trial, Landmark in Law (Foreign Affairs, New York, Janv. 1947).
- Sontag.- Das Organisationsverbrechen des neuen deutschen Strafrechts (RPS., 1949, p. 65).
- T. Taylor.- Les procès de Nuremberg, Crimes de guerre et droit international. Avant-propos de H. Monneray, trad. Marthe Simon Depitre, Fondation Carnegie pour la paix, Paris, 1950.
- O. Uhler.- Der völkerrechtliche Schutz der Bevölkerung eines besetzten Gebietes gegen Massnahmen der Okkupationsmacht, Zurich, Pol. Verlag, 1950.
- Wade.- A survey of the trials of War Crimes (Journal of the Royal united service institution, Févr. 1951, p. 66-70).
- Qu. Wright.- War Criminals (AJIL., 1945, p. 257).

